



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

TESIS DOCTORAL

**LAS CONDUCTAS DE MENOR  
IMPORTANCIA EN EL DERECHO DE LA  
COMPETENCIA**

THE APPRECIABILITY TEST (DE MINIMIS DOCTRINE) IN  
THE ANTITRUST LAW

Presentada por

**Pedro Mario González Jiménez**

Dirigida por

**Prof. Dr. Luis María Miranda Serrano**

Córdoba, mayo de 2022

Facultad de Derecho y CC.EE.EE de la Universidad de Córdoba

TITULO: *LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN EL DERECHO DE  
LA COMPETENCIA*

AUTOR: *Pedro Mario González Jiménez*

---

© Edita: UCOPress. 2022  
Campus de Rabanales  
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A  
14071 Córdoba

[https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/  
ucopress@uco.es](https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/ucopress@uco.es)

---

Esta Tesis Doctoral se inserta dentro del Proyecto de investigación nacional (referencia: PID2020-117872RB-100) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, dentro del Proyecto de investigación autonómico (referencia: P20\_00002) financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía y dentro del Proyecto FEDER-UCO (referencia: 1380525-R) financiado por la Universidad de Córdoba.



# ÍNDICE

## ÍNDICE

### AGRADECIMIENTOS

### INFORME RAZONADO DEL DIRECTOR DE TESIS

### ABREVIATURAS

### RESUMEN Y ABSTRACT

### INTRODUCCIÓN ..... 1

### PROPÓSITO, JUSTIFICACIÓN, METODOLOGÍA Y PLAN DE LA INVESTIGACIÓN..... 1

- I. PROPÓSITO..... 1
- II. JUSTIFICACIÓN ..... 2
- III. METODOLOGÍA ..... 3
- IV. PLAN..... 4

### PRIMERA PARTE. LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN EL DERECHO EUROPEO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA..... 11

- I. LA NOCIÓN DE RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL ARTÍCULO 101.1 TFUE..... 11
  - 1. Las dos nociones irreconciliables de restricción de la competencia: restricción formal y restricción razonable..... 13
    - 1.1. La Sherman Act, la regla de lo razonable y el poder de mercado ..... 16
    - 1.2. La doctrina de las restricciones accesorias en la Unión Europea ..... 25
    - 1.3. La noción razonable de restricción de la competencia ex art. 101 TFUE ..... 30
  - 2. Los acuerdos de menor importancia y su exclusión de una noción razonable de restricción concurrencial..... 37

2.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Völk.....	39
2.2. La doctrina de <i>minimis</i> y la regla Automec .....	43
2.3. Los fundamentos de la exclusión: El principio de lesividad y el bien jurídico protegido por el Derecho europeo de la competencia.....	50
II. LA CUESTIÓN DE LA LICITUD O ILICITUD DE LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA.....	66
1. La tesis mayoritaria: la licitud de los acuerdos <i>de minimis</i> .....	67
1.1. La noción de tipicidad y el principio de legalidad.....	68
1.2. La jurisprudencia del TJUE, las Comunicaciones de la CE y la doctrina científica .....	74
2. Objeciones a la tesis mayoritaria.....	77
2.1. La utilización de Comunicaciones como instrumento para definir la apreciabilidad en la restricción de la competencia .....	78
2.2. Los propósitos y efectos de la Comunicación de <i>minimis</i> .....	82
2.3. Su posible carácter de exención del art. 101.1 TFUE .....	86
3. Conciliación entre la tesis mayoritaria y sus objeciones.....	90
3.1. “Supuesto A”: Coincidencia entre el carácter apreciable de la restricción de la competencia y los umbrales predefinidos por la autoridad antitrust .....	93
3.2. “Supuesto B”: Acuerdos que a pesar de no estar cubiertos por los umbrales predefinidos afectan de forma inapreciable a la competencia .....	94
3.3. “Supuesto C”: Acuerdos cubiertos por los umbrales predefinidos pero que pese a ello restringen de forma significativa la competencia .....	96
3.4. Implicaciones de la conciliación señalada para los programas de clemencia y la aplicación privada del Derecho antitrust .....	98
III. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA MENOR IMPORTANCIA DE UN ACUERDO.....	101
1. Evolución histórica de los criterios aplicados en la doctrina <i>de minimis</i> .....	105
1.1. Las Comunicaciones de la CE anteriores a la vigente de 2014.....	106
a) Las Comunicaciones conformadoras de la primera etapa: la COM70, la COM77 y la COM86.....	107
b) Las Comunicaciones conformadoras de la segunda etapa: la COM97 y la COM01 .....	112

1.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea posterior al asunto <i>Völk</i> y anterior al caso <i>Expedia</i> .....	121
a) Pronunciamientos que realizan una aproximación simple a los acuerdos de menor importancia.....	123
b) Pronunciamientos que analizan los acuerdos de menor importancia desde una perspectiva amplia y eminentemente casuística.....	129
2. Estado de la cuestión: La STJUE en el asunto <i>Expedia</i> y los criterios vigentes en la COM14.....	140
2.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso <i>Expedia</i> .....	141
2.2. La Comunicación en materia de menor importancia vigente .....	148
IV. LOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS .....	149
1. La relación entre los Reglamentos de Exención por Categorías y las conductas <i>de minimis</i> .....	149
2. La relación entre el efecto apreciable sobre el comercio comunitario y la restricción sensible de la competencia .....	152
2.1. El concepto de efecto apreciable sobre el comercio comunitario .....	153
2.2. La regla de la ausencia del efecto apreciable sobre el comercio comunitario y la restricción sensible de la competencia .....	156
a) Las similitudes entre la regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio y la doctrina <i>de minimis</i> .....	158
b) Las diferencias entre la regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio y la doctrina <i>de minimis</i> .....	160
3. La relación entre la noción de restricción de la competencia por el objeto y acuerdo <i>de minimis</i> .....	163
3.1. ¿Qué es una restricción por el objeto?.....	165
a) La aproximación ortodoxa: La “object box” .....	165
b) La concepción funcional: La “ <i>more economic approach</i> ” .....	169
c) La concepción híbrida: El contexto como refutación o confirmación del grado suficiente de nocividad.....	173
3.2. ¿Cómo se relacionan los conceptos de restricción por el objeto y restricción sensible de la competencia?.....	175
a) La revocación <i>obiter dictum</i> del caso <i>Völk</i> .....	176

b) La compartimentación de un concepto amplio de restricción por el objeto con una presunción de apreciabilidad .....	178
c) El carácter sensible de la competencia como parte del contexto jurídico y económico .....	180
V. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO DEL ART. 102 TFUE Y EL REQUISITO DE LA RESTRICCIÓN SENSIBLE O APRECIABLE DE LA COMPETENCIA.....	185
1. El concepto de posición de dominio y los criterios que determinan qué es una conducta <i>de minimis</i> .....	187
2. El concepto de abuso y los criterios que determinan qué es una conducta <i>de minimis</i> .....	193
2.1. El asunto Post Danmark II.....	194
a) La coherencia de <i>Post Danmark II</i> con los casos <i>Hoffmann-La Roche y Tomra</i> .....	196
b) La incidencia en el enjuiciamiento <i>de minimis</i> del conjunto de circunstancias consideradas a la hora de valorar la licitud de un sistema de descuento .....	199
c) Referencia a la “propia naturaleza” de la conducta cuando se descarta la aplicación de la doctrina <i>de minimis</i> .....	202
2.2. La sentencia del asunto Intel y el rechazo a una concepción abstracta de la capacidad para restringir la competencia .....	204
VI. RECAPITULACIÓN DE IDEAS .....	210
<b>SEGUNDA PARTE. LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA .....</b>	<b>217</b>
I. ANTECEDENTES .....	217
1. Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 23 de julio de 1963 .....	218
2. Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989 .....	221
3. Decisiones destacables del TDC anteriores a la legislación vigente.....	230
3.1. Cajas rurales de Jalón y Zaragoza .....	230
3.2. Prensa de Segovia .....	234



3.3. Vileda/Tervi.....	238
<b>II. LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 3 DE JULIO DE 2007 Y SU REGLAMENTO DE DESARROLLO.....</b>	<b>241</b>
1. Trabajos previos: El Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia y el Anteproyecto de Ley .....	242
2. Las conductas de menor importancia en las prohibiciones de los arts. 1 a 3 de la Ley de Defensa de la Competencia .....	246
2.1. El artículo 1º LDC en relación con el artículo 5º LDC .....	249
2.2. El artículo 2º LDC en relación con el artículo 5º LDC .....	258
2.3. El artículo 3º LDC en relación con el artículo 5º LDC .....	263
a) Los antecedentes legislativos: art. 3.d) LPRC y art 7 LDC .....	265
b) Los requisitos o presupuestos del art. 3 LDC.....	271
3. El Reglamento de Defensa de la Competencia .....	281
3.1. Comentario al artículo 1 RDC.....	282
3.2. Comentario al artículo 2º RDC.....	284
3.3. Comentario al artículo 3º RDC.....	291
<b>III. TRES ÚLTIMOS INTERROGANTES EN TORNO A LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN SEDE NACIONAL.....</b>	<b>300</b>
1. ¿La reforma de la LDC con motivo de la transposición de la directiva ECN+ altera el régimen de las conductas de menor importancia <i>ex art. 5 LDC</i> ?.....	300
1.1. El art. 49 LDC previo a la transposición de la Directiva ECN+ .....	301
1.2. El apartado cuarto del art. 49 LDC vigente .....	303
2. ¿Existe un efecto apreciable sobre el comercio nacional o autonómico? .....	307
3. ¿Son desleales las conductas de menor importancia? .....	310
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>317</b>
<b>CONCLUSIONS .....</b>	<b>332</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>346</b>
<b>TEXTOS Y DOCUMENTOS LEGALES .....</b>	<b>381</b>

<b>DECISIONES COMUNITARIAS.....</b>	<b>385</b>
<b>DECISIONES ESPAÑOLAS.....</b>	<b>390</b>

## AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo de investigación no hubiera sido factible sin la financiación obtenida del Ministerio de Universidades en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. En particular, gracias a la concesión de una ayuda para contratos predoctorales para la formación de profesorado universitario (Ref. FPU017/03179) y de una ayuda complementaria para la realización de estancias breves en centros extranjeros (Ref. EST21/00093). Por otro lado, en la elaboración de la investigación ha sido un gran apoyo la Universidad de Córdoba y, particularmente, el Vicerrectorado de Posgrado e Innovación Docente. En su objetivo de promover la excelencia de los Estudios de Doctorado, brinda a sus doctorandos la posibilidad de realizar estancias en el extranjero mediante la convocatoria de Ayudas de Movilidad Internacional para el Fomento de la Tesis con Mención Internacional, de la que afortunadamente fui beneficiario.

Asimismo, esta tesis es producto del trabajo realizado no solo en el Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba, sino también en el *Max Planck Institute for Innovation and Competition*. Por esta razón, debo agradecer a este prestigioso Centro de Investigación y, en concreto, a la Doctora Dña. Beatriz Conde Gallego, la posibilidad de permanecer en sus instalaciones en dos ocasiones y de poner a mi disposición todo su equipo material y humano. El trato y el apoyo que me brindaron en Múnich han sido realmente fundamentales para el correcto desempeño de la investigación.

Por último, no puedo dejar de agradecer a mis compañeros del Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba su ayuda, guía e inestimables recomendaciones que, de una forma u otra, han tenido una importancia capital en el resultado de esta tesis. Especialmente, a mi Director, el Prof. Dr. Luis María Miranda Serrano, cuya influencia en esta investigación es más que notoria. Él ha inspirado algunas de las ideas de este trabajo y, además, ha inculcado en mí el afecto por el Derecho y el rigor académico que siempre he tenido presentes en su desarrollo.





## INFORME RAZONADO DEL DIRECTOR DE TESIS

**TÍTULO DE LA TESIS:** “Las conductas de menor importancia en el Derecho de la competencia”.

**DOCTORANDO:** Pedro Mario González Jiménez.

La tesis doctoral elaborada por D. Pedro Mario González Jiménez e intitulada “Las conductas de menor importancia en el Derecho de la Competencia” ha sido ejecutada siguiendo estrictamente el plan de trabajo que desde un primer momento diseñé al doctorando en mi condición de director de tesis. Además, el doctorando ha empleado para su elaboración con manifiesta solvencia los recursos metodológicos y bibliográficos recomendados, que, como es natural, coinciden con los usualmente utilizados en el ámbito de la Ciencia del Derecho. En consecuencia, no puedo sino emitir un informe muy favorable en lo que respecta a la metodología utilizada en la elaboración del trabajo. Idéntica valoración merece, por otra parte, su ejecución y las conclusiones a las que conduce, de gran relevancia desde la perspectiva de la política jurídica y legislativa. No hay duda, por tanto, en opinión de quien suscribe el presente documento, de que el trabajo sobre el que aquí se informa merece ser calificado de serio y riguroso, reuniendo sobradamente los requisitos necesarios para que su autor pueda obtener con solvencia el grado de Doctor en Derecho con mención internacional.

Buena prueba de lo que acaba de indicarse son algunos de los trabajos derivados de la labor investigadora desarrollada para la elaboración de esta tesis y que ya han visto la luz tanto en revistas especializadas como en obras colectivas. Entre ellos, cabe mencionar los siguientes:

1. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M (2021) “¿Cabe hablar de abusos de posición de dominio (ex art. 102 TFUE) de menor importancia?, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 471-482.

2. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M (2021) “Los acuerdos de resolución de conflictos con pago a la inversa en el sector farmacéutico y su encaje en la noción de restricción de la competencia por el objeto: los casos Generics UK y Lundbeck” en AA.VV. (Dir. MARTÍ MIRAVALLS, J.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 329-348.

3. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M (2020) “Restricciones de la competencia por el objeto y acuerdos de menor importancia: sus posibles interacciones a la luz de la reciente doctrina del TJUE”, *Actas de Derecho Industrial*, núm. 40, pp. 165-188.

4. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M (2020) “El efecto apreciable sobre el comercio comunitario y el efecto sensible sobre la competencia: dos reglas antitrust condenadas a entenderse”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 75, pp. 323-333.

5. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M (2020) “Cuestiones de Derecho de la competencia relativas a las plataformas digitales que ofertan viviendas de uso turístico”, en AA.VV (Dir. MUNAR BERNAT, P.A; MARTOS CALABRÚS, M.A; LÓPEZ SAN LUIS, R y BASTANTE GRANELL, V), *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, Aranzadi, Cizur Menor, ISBN: 978-84-1346-592-0, pp. 263-283.

6. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, PEDRO MARIO (2019). “Las conductas de bid rigging y la aplicación de la per se rule en el derecho antitrust español: La difícil defensa jurídica de los sujetos acusados de coludir en una licitación pública”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 25.

7. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, PEDRO MARIO (2019). “La repercusión de un impuesto en el precio ante la prohibición de las conductas colusorias”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 24.

8. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M (2018) “La violación de normas antitrust como acto de competencia desleal. A propósito del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal”, en AA.VV (Dir. MIRANDA SERRANO, L.M y COSTAS COMESAÑA, J), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, ISBN: 978-84-9123-452-4, pp. 337-356.

9. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M (2017) “Aproximación a los requisitos constitutivos del ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales según recientes pronunciamientos de las autoridades antitrust”, en AA.VV (Dir. TATO PLAZA, A y COSTAS COMESAÑA, J), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y la Propiedad Industrial*, Comares, Granada, ISBN: 978-84-9045-595-1, pp. 47-64.

Por todo ello, se autoriza la presentación de la tesis doctoral.

Córdoba, 7 de febrero de 2022

Firma del director

Fdo.: D. Luis María Miranda Serrano

## ABREVIATURAS

AAC	Autoridades Autonómicas de la Competencia
<i>ADI</i>	<i>Actas de Derecho industrial y derechos de autor</i>
AEAC	Ausencia de efecto apreciable sobre el comercio
ANC	Autoridad(es) Nacional(es) de la Competencia
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado español
CE	Comisión Europea
<i>CLJ</i>	<i>Competition Law Journal</i>
<i>CMLRev</i>	<i>Common Market Law Review</i>
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
COM70	Comunicación de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apdo. 1 del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE C-64, de 2 de junio de 1970)
COM77	Comunicación de la CE, de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia que no caen bajo la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C-313, de 29 de diciembre de 1977)

COM86	Comunicación de la CE, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C-231, de 12 de septiembre de 1986)
COM97	Comunicación de la CE de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE, C-372, de 9 de diciembre de 1997)
COM01	Comunicación de la CE relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE C-368/13, de 22 de diciembre de 2001)
COM14	Comunicación de la CE relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOUE C-291, de 30 de agosto de 2014)
DA	Disposición adicional
DCE	Decisión de la Comisión Europea
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
<i>DN</i>	<i>Derecho de los negocios</i>
<i>ECJ</i>	<i>European Competition Journal</i>
<i>ECLR</i>	<i>European Competition Law Review</i>
EEMM	Estados miembros



EEUU	Estados Unidos de América
<i>ELRep</i>	<i>European Law Reporter</i>
<i>ELRev</i>	<i>European Law Review</i>
<i>GJUE</i>	<i>Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia</i>
<i>Indret</i>	<i>Indret: Revista para el análisis del Derecho</i>
<i>JECL&amp;P</i>	<i>Journal of European Competition Law &amp; Practice</i>
LCD	Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991
LDC	Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007
LDC/89	Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989
LPRC	Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 23 de julio de 1963
<i>NotUE</i>	<i>Noticias de la Unión Europea</i>
RCNC	Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia
RCNMC	Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
RD	Real Decreto
RDC	Reglamento de Defensa de la Competencia de 22 de febrero de 2008
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>

<i>RDCD</i>	<i>Revista de Derecho de la competencia y la distribución</i>
REC	Reglamento(s) de Exención por Categorías
<i>REE</i>	<i>Revista de Estudios Europeos</i>
RTDC	Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STGUE	Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TDC	Tribunal de Defensa de la competencia
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 (DOUE C-326, de 26 de octubre de 2012)
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

UE Unión Europea



## RESUMEN Y ABSTRACT

### Resumen

La investigación desarrollada se incardina en el sector del Derecho mercantil conocido como Derecho de la competencia. Como se desprende de su título, tiene por objeto principal el análisis de las conductas de menor importancia (*de minimis*) o, lo que es lo mismo, del test de la apreciabilidad en los ilícitos *antitrust*. Su propósito estriba en la elaboración de una teoría omnicomprendensiva sobre estos comportamientos que sea respetuosa con los distintos pronunciamientos jurisprudenciales en la materia y con las distintas realidades jurídicas con las que se relaciona.

La investigación se adecúa a los diferentes recursos metodológicos que son habituales en los estudios jurídico-mercantiles. A tal efecto, se edifica sobre los pilares de los métodos histórico, dogmático-analítico, exegético y comparado. En todo caso, este estudio no se disocia del examen de la realidad socioeconómica y de la utilidad que está llamado a satisfacer en la práctica el criterio hermenéutico objeto de estudio. Ello explica que esta investigación esté plagada de razonamientos inspirados en la ciencia económica, y que hayamos prestado atención también a otras disciplinas jurídicas que pueden auxiliar al intérprete en la tarea de comprender el rol del test de la sensibilidad, especialmente el Derecho administrativo sancionador.

Sobre la base de esta metodología, el trabajo se estructura en dos partes: la primera dedicada al estudio de las conductas de menor importancia en el Derecho de defensa de la competencia de la UE y la segunda dirigida a analizar ese mismo asunto pero en el ámbito del Derecho *antitrust* español. Ciertamente es, no obstante, que en la segunda de las partes referidas el tratamiento del Derecho español se acompaña de las oportunas referencias (siempre enriquecedoras) al Derecho comparado y, en especial, a los ordenamientos de los EEMM de la UE.

El estudio confluye en un conjunto de conclusiones extraídas del análisis realizado. Éstas tienen en su mayor parte una naturaleza pleonástica y se cierran con una macroconclusión que constituye la tesis principal de la investigación y su aspiración axial: una propuesta de interpretación favorable a poner de manifiesto, por un lado, que este criterio hermenéutico está omnipresente en el Derecho *antitrust* y, por otro, que reviste un carácter polifacético merced al cual se explica la doctrina *de minimis* en sus diferentes manifestaciones (acuerdos restrictivos de la competencia por sus efectos, por su objeto, abuso de posición de dominio y falseamiento de la competencia por actos desleales).



## **Abstract**

The research carried out here is included in the sector of commercial law known as competition law. As can be deduced from its title, the main object of this research is the conduct of minor importance (*de minimis*) or, in other words, the appreciability test in antitrust offenses. Its main purpose lies in the elaboration of an all-encompassing theory on these acts that is respectful of the different jurisprudential pronouncements on the subject and the different legal figures with which it is related.

The research is adapted to the different methodological resources that are usual in legal studies. To this effect, the research is built on the pillars of the historical, dogmatic-analytical, exegetical and comparative methods. In any case, this study is not separated from the examination of the socio-economic reality and the usefulness that the hermeneutic criterion under study is called upon to satisfy in practice. This explains why this research is plagued with reasoning inspired by economic science, and why we have also paid attention to other legal disciplines that can help the interpreter in the task of understanding the role played by the appreciability test, especially administrative sanctioning law.

Taking this methodology as a reference, the work is simply structured in two parts: the first part is devoted to the study of minor conduct in European Union antitrust law and the second part is aimed at analyzing the same issue, but within the scope of Spanish antitrust law. It is true, however, that in the second part the treatment of Spanish law is accompanied by the appropriate references to comparative law and, in particular, to the legal systems of the European Union's Member States.

The chapters into which the study is divided converge in a set of conclusions drawn from the analysis carried out. These are mostly pleonastic in nature and close with a macro-conclusion that constitutes the main thesis of the research and its axial aspiration: a proposal for an interpretation that shows that this hermeneutic criterion is omnipresent in antitrust law and that it has a multifaceted character through which the *de minimis* doctrine is explained in its different manifestations.





## INTRODUCCIÓN

### PROPÓSITO, JUSTIFICACIÓN, METODOLOGÍA Y PLAN DE LA INVESTIGACIÓN

#### I. PROPÓSITO

La doctrina *de minimis* o, si se prefiere, la teoría o el test de la sensibilidad, no es un tema de moda. Así se infiere, sin ir más lejos, de los estudios que en los últimos años han venido publicándose sobre materia *antitrust*, que en muy pocos casos se han ocupado de este asunto. Antes bien, han centrado su atención preferentemente en otras cuestiones más actuales, relativas, en gran medida, a la plural problemática que la creciente digitalización de la economía plantea al Derecho de defensa de la competencia (plataformas colaborativas, *big data*, gigantes tecnológicos, algoritmos, nuevos umbrales en el control de las concentraciones de empresas, etc.).

Sin embargo, esta falta de interés de la comunidad científica contemporánea por nuestro objeto de estudio no implica que estemos ante un tema de “menor importancia”. Sobre todo, porque en él anidan no pocos interrogantes cuyas respuestas contribuyen a una mejor comprensión del entero orden y sistema *antitrust*. Como cabe inferir de su título, el propósito de la presente investigación reside, precisamente, en tratar de ofrecer respuesta estas todas estas preguntas.

En este sentido, huelga decir que abordar los comportamientos concurrenciales inapreciables o de menor importancia (o, lo que viene a ser lo mismo, la doctrina *de minimis*) es, en realidad, preguntarse por el significado y alcance de los términos restricción de la competencia (*ex arts. 101.1 TFUE y 1 LDC*). Y, a su vez, estudiar el concepto de restricción concurrencial (*ex arts. 101.1 TFUE y 1 LDC*) supone viajar al corazón mismo del llamado Derecho de defensa de la competencia, también denominado, más económicamente, Derecho *antitrust*, por haber nacido al otro lado del Atlántico (en los Estados Unidos de América), desde donde se expandió por toda Europa a partir de la II contienda mundial.

Pero, además, las conductas de menor importancia conforman un asunto que, aunque aparentemente simple, presenta un grado considerable de complejidad. Y así se pondrá de manifiesto en el estudio de los múltiples asuntos y muy variados que a él se anudan, a los que procuraremos prestar atención del mejor modo posible en este trabajo; a saber: el carácter lícito o ilícito de los comportamientos *de minimis*, los

criterios a emplear para su determinación, la diferencia entre la doctrina *de minimis* y la Comunicación *de minimis*, la relación entre las nociones de efecto apreciable sobre la competencia y sobre el comercio comunitario, la conexión entre conductas *de minimis* y el concepto de restricción de la competencia por el objeto, etc.

Perseguimos aquí, en suma, ofrecer una propuesta de interpretación omnicomprendensiva que explique la doctrina *de minimis* en sus diferentes manifestaciones, y que se muestre coherente con todas las instituciones y realidades jurídicas con las que se relaciona. Para ello se abordará el objeto de estudio desde una perspectiva dual, comunitaria y nacional, prestando atención a los plurales asuntos que en él se implican, con la finalidad última de evaluar el papel que desempeña en el Derecho *antitrust* en su conjunto, así como la conveniencia de revalorizar o no su funcionalidad como criterio hermenéutico a utilizar por la autoridades (nacionales y europeas) encargadas de defender la existencia de una cierta dosis de competencia en los mercados.

## II. JUSTIFICACIÓN

La señalada complejidad que es inherente a la doctrina *de minimis* explica que sea pertinente un estudio pormenorizado sobre la materia. En este sentido, creemos no exagerar al afirmar que pocas cuestiones se presentan más oscuras que ésta en el Derecho *antitrust* contemporáneo. No solo porque el régimen jurídico de las conductas de menor importancia presenta algunas diferencias en los ámbitos europeo y español, sino sobre todo por las posturas tan enfrentadas que existen sobre cuestiones que llevan ocupando a la doctrina durante décadas. Esto explica que sean diversos los motivos que justifican y sustentan la presente investigación:

En primer lugar, ha de partirse de que la aplicación del test de la apreciabilidad en los arts. 101 y 102 TFUE adolece de una incertidumbre considerable. Por un lado, en relación con las restricciones por el objeto *ex* art. 101.1 TFUE, resulta controvertido determinar si la teoría de la apreciabilidad tiene cabida o no. Por otro lado, en lo que concierne a las restricciones por los efectos, surgen dudas acerca de si la doctrina *de minimis* se circunscribe a la Comunicación de la CE o, por el contrario, se trata de una cuestión más amplia. Asimismo, la jurisprudencia del art. 102 TFUE, analizada en profundidad, permite albergar ciertas reticencias a la intuitiva inaplicación de la doctrina *de minimis* al abuso de posición dominante.

En segundo lugar, en lo que atañe al régimen jurídico español, causa cierta perplejidad que el art. 5 LDC resulte de aplicación a todos los ilícitos *antitrust*, de modo que un pacto colusorio, un abuso de posición de dominio y un falseamiento de la

libre competencia por actos desleales pueden ser reputados “de menor importancia”. Además, los criterios de determinación del carácter apreciable o sensible que se recogen en el RDC también resultan, en cierto modo, problemáticos. A ello habría que añadir la incorporación del art. 49.4 LDC con motivo de la transposición a nuestro ordenamiento de la directiva ECN+, el cual complica aún más la regulación española sobre las conductas de menor importancia, caracterizada históricamente por su falta de claridad.

En tercer lugar, merece ser destacado el insignificante interés que este criterio hermenéutico despierta actualmente en los círculos académicos. Tan es así que no sería erróneo afirmar que, en líneas generales, la teoría de la menor importancia nunca fue menos importante que en nuestros días. La doctrina comunitaria y española (salvo honrosas y meritorias excepciones) no le ha prestado demasiada atención. No en vano, la mayor parte de estudios que abordan esta cuestión lo hacen de manera tangencial, al abordar otro tipo de cuestiones. Sin embargo, en un contexto histórico en el que predomina la tendencia hacia una aproximación más económica (o realista) al Derecho *antitrust*, nuestro objeto de estudio puede resultar de gran interés si se le dota de orden y claridad.

Estas circunstancias, sintéticamente expuestas, justifican la investigación que aquí llevamos a cabo acerca de un criterio hermenéutico tan complejo y oscuro como clásico. Pero, además, estamos convencidos de que un entendimiento del régimen jurídico de las conductas de menor importancia también puede contribuir a comprender mejor otras cuestiones del Derecho de la competencia. Así ocurre, por ejemplo, con las nociones de restricciones de la competencia por el objeto y por sus efectos, con la figura del abuso de posición de dominio, con la discrecionalidad en el inicio del procedimiento administrativo sancionador, o, por último, con el efecto sobre el comercio comunitario.

### **III. METODOLOGÍA**

El propósito principal de esta investigación (la elaboración de una teoría omnicompreensiva sobre las conductas de menor importancia en el Derecho de la competencia) obliga a combinar los diferentes recursos metodológicos que son habituales en los estudios jurídico-mercantiles. A tal efecto, la investigación se edifica sobre los pilares de los métodos histórico, dogmático-analítico, exegético y comparado.

El recurso a esta pluralidad metodológica posibilita un adecuado entendimiento de la realidad regulada, un análisis jurídico profundo, una pertinente contextualización

sistemática y comparada del objeto de estudio y, especialmente, el examen de la interacción de las distintas cuestiones del Derecho *antitrust* que están presentes en la investigación. De modo que los distintos enfoques metodológicos no se presentan de forma aislada, sino de una manera combinada e interconectada.

En todo caso, y como es natural, este estudio no puede separarse del examen de la realidad socioeconómica y de la utilidad que está llamado a satisfacer en la práctica el criterio hermenéutico objeto de estudio. Ello explica que esta investigación esté plagada de razonamientos inspirados en la Ciencia económica, en un intento por ofrecer una clarificación de la doctrina *de minimis* que, respetando la idiosincrasia propia del Derecho, se sustente en la compleja realidad de los distintos mercados y en su evolución dinámica. De ahí que debamos reconocer que, lejos de considerar a la Ciencia económica como el enemigo a batir, los principios básicos de la macroeconomía, la microeconomía y la teoría económica en general, han estado muy presentes a lo largo de la presente investigación.

Finalmente, aunque el enfoque de este trabajo se ha realizado principalmente desde la perspectiva que ofrece el Derecho mercantil, también hemos prestado atención a otras disciplinas jurídicas que pueden auxiliar al intérprete en la tarea de comprender el rol que desempeña el test o elemento de la sensibilidad. En este sentido, especial utilidad nos han prestado tanto el Derecho penal en su parte general como el Derecho administrativo sancionador. No en vano, algunos de sus principios básicos han sido cruciales para tratar de dar respuesta, con más o menos éxito, a algunas de las cuestiones planteadas.

#### IV. PLAN

El estudio de las conductas de menor importancia no puede limitarse solo al Derecho de defensa de la competencia español. Ha de abarcar también, necesariamente, el Derecho *antitrust* de la UE. Varias razones justifican la necesidad de prestar atención al ordenamiento *antitrust* comunitario en esta materia. Sintéticamente, éstas se pueden concretar en las dos siguientes:

1<sup>a</sup>) En primer lugar, como se sabe, las normas que conforman el Derecho de defensa de la competencia de la UE (especialmente, los arts. 101 y 102 TFUE, el Reglamento UE de control de operaciones de concentración de empresas y otros Reglamentos de aplicación y desarrollo de las normas *antitrust*, como, por ejemplo, los REC) son directamente aplicables a las empresas españolas. De modo que nuestros empresarios (tanto individuales como sociales o colectivos) y sus asesores jurídicos

han de conocer bien las obligaciones que la normativa de la UE reguladora de la competencia empresarial impone a sus conductas y estrategias de mercado.

2ª) En segundo lugar, el Derecho *antitrust* español hunde sus raíces en el Derecho de la competencia europeo. Y es que, aunque cabe constatar alguna singularidad en la legislación española (como ocurre con el ilícito del art. 3 LDC), lo cierto es que el grueso de nuestra normativa de defensa de la competencia constituye una traslación al Derecho interno español de las soluciones que en esta materia han cristalizado en el ordenamiento comunitario. Razón por la cual difícilmente podrá comprenderse bien el tratamiento de las conductas *de minimis* en el ordenamiento español sin un previo y cabal conocimiento de este asunto en el ámbito de la UE.

Lo anterior explica que hayamos optado por estructurar este trabajo sencillamente en dos partes: la primera dedicada al estudio de las conductas de menor importancia en el Derecho de defensa de la competencia de la UE [A]) y la segunda dirigida a analizar ese mismo asunto, pero en el ámbito del Derecho *antitrust* español [B)]. Cierto es, no obstante, que en la segunda de las partes referidas el tratamiento del Derecho español se acompaña de las oportunas (y en algunos casos necesarias y enriquecedoras) referencias al Derecho comparado y, en especial, a los ordenamientos de los EEMM de la UE.

A continuación, avanzamos los principales propósitos y contenidos de las dos partes en las que se estructura la presente investigación:

A).- *Primera parte: Las conductas de menor importancia en el Derecho europeo de defensa de la competencia.* En esta primera parte los objetivos que perseguimos son múltiples. En concreto, pretendemos ofrecer una definición de lo sensible en sede comunitaria, entender su fundamento, esclarecer qué criterios resultan de interés para la concreción del elemento o teoría de la sensibilidad, e incluso determinar el modo en que ha de entenderse el requisito de lo apreciable en las restricciones por el objeto y en los abusos de posición de dominio. Nos proponemos, en suma, ser capaces de explicar el test o elemento de la apreciabilidad o la sensibilidad desde sus orígenes hasta nuestros días, preocupándonos especialmente de su razón de ser y de su función dentro del entero sistema *antitrust* de la UE.

En la ejecución de estas tareas pronto advertimos que el principal obstáculo al que nos tenemos que enfrentar consiste en determinar el orden en el que se han de abordar las distintas cuestiones a tratar. Sobre todo, porque en esta materia la mayor parte de los interrogantes que se suscitan están estrechamente conectados entre sí.

En efecto, la solución brindada a cada uno de los problemas planteados condiciona la forma de resolver todos los demás. A modo de ejemplo, parece ciertamente difícil discernir sobre el fundamento de la doctrina *de minimis* sin conocer previamente su origen. Pero, al mismo tiempo, resulta complicado entender dicho origen sin reparar antes en su fundamento. Lo mismo ocurre con el asunto de la licitud o ilicitud de estas conductas, que puede abordarse antes o después de otras cuestiones conectadas a este tipo de comportamientos de mercado.

Sirva lo anterior para advertir que, desde nuestro punto de vista, no hay una forma natural e intuitiva de abordar el objeto de esta investigación. Y, en consecuencia, que un orden distinto del que aquí seguimos puede conducir a la consecución de resultados excelentes en el estudio de la materia que aquí nos interesa y ocupa. No obstante (y como es natural), en este trabajo nos hemos decantado por organizar y estructurar las ideas de la forma que, en nuestra opinión, resulta más clara y didáctica. Esta forma es básicamente la que sigue:

1º) En primer lugar, centramos la atención en las dos interpretaciones posibles de los términos restricción de la competencia del art. 101.1 TFUE, para concluir que en sede comunitaria impera una noción razonable y antiformalista [*infra*, I, 1]. Partiendo de esta idea, señalamos a continuación que los acuerdos de menor importancia no constituyen una verdadera restricción en sentido material [*infra*, I, 2].

Para desarrollar las dos convicciones a las que acabamos de referirnos, hemos considerado conveniente abordar las siguientes cuestiones: a) la regla de la razón y el concepto de poder de mercado; b) la doctrina de las restricciones accesorias; c) los motivos de la inviabilidad de una noción formal de los términos restricción de la competencia en el Derecho de la UE; d) el origen jurisprudencial de la doctrina *de minimis*; e) las diferencias entre la teoría de la sensibilidad y la doctrina *Automec*; y, por último, f) la razón de ser de la exclusión de los acuerdos *de minimis* de la noción razonable de restricción de la competencia del art. 101.1 TFUE, la cual ubicamos en el principio de lesividad y en el bien jurídico protegido por el Derecho *antitrust*.

2º) En segundo lugar, abordamos la cuestión de la licitud o ilicitud de los acuerdos de menor importancia [*infra*, II]. Primeramente, centramos la atención en la tesis mayoritaria, que sostiene la licitud de este tipo de acuerdos [*infra*, II, 1]. Sin embargo, no desconocemos la existencia de ciertas objeciones a dicha teoría mayoritariamente aceptada [*infra*, II, 2]. De ahí que tratemos de conciliarla con sus objeciones, apuntando las implicaciones que se derivan de esa conciliación para los programas de clemencia y el *private enforcement* del Derecho *antitrust* [*infra*, II, 3].



Como podrá comprobarse, la licitud se basa en la tipicidad y en el principio de legalidad, así como en la jurisprudencia del TJUE y en las comunicaciones de la CE en la materia. En cuanto a las objeciones, estas responden a la utilización de comunicaciones como instrumento para definir la apreciabilidad en la restricción de la competencia, a sus propósitos y a su aparente carácter de excepción en similitud con el art. 101.3 TFUE.

3º) A continuación, analizamos los criterios merced a los cuales se puede determinar el carácter de menor importancia de un acuerdo o, lo que es lo mismo, cuándo una restricción de la competencia no es sensible o apreciable [*infra*, III]. Para ello estudiamos, por un lado, la evolución histórica de los criterios aplicados en la doctrina *de minimis* [*infra*, III, 1] y, por otro, el estado de la cuestión derivado, por un lado, de la STJUE en el asunto *Expedia* y, por otro, de la COM14 [*infra*, III, 2].

La conclusión inequívoca que alcanzamos en este epígrafe es que resultan de aplicación en este asunto tanto criterios cuantitativos como cualitativos. Esto se pone claramente de manifiesto en las sucesivas comunicaciones *de minimis* elaboradas por la CE y, sobre todo, en la jurisprudencia del TJUE.

4º) Seguidamente, tras comentar la importante STJUE en el caso *Expedia* y la COM14, pasamos a indagar acerca de tres aspectos que se presentan como controvertidos en la Comunicación de la CE actualmente vigente [*infra*, IV]. Se trata de la relación entre los Reglamentos de Exención por Categorías y las conductas *de minimis* [*infra*, IV, 1], la conexión entre el efecto apreciable sobre la competencia y sobre el comercio comunitario [*infra*, IV, 2] y, finalmente (pero no menos importante) la relación entre las nociones de restricción de la competencia por el objeto y acuerdo *de minimis* [*infra*, IV, 3].

5º) Finalmente, tras dedicar cuatro epígrafes a la teoría de la apreciabilidad *ex* art. 101 TFUE, no nos resistimos a estudiar la cuestión de la sensibilidad *ex* art. 102 TFUE; asunto para el que reservamos un último epígrafe [*infra*, V]. En él realizamos algunas reflexiones sobre el concepto de posición de dominio y los criterios que determinan qué es una conducta *de minimis* [*infra*, V, 1]. Y a ellas añadimos algunas otras más sobre estos mismos criterios, pero en relación con el concepto de abuso [*infra*, V, 2]. Todo ello para acabar esta primera parte de la investigación con una recapitulación de ideas que, a nuestro juicio, puede ofrecer utilidad para abordar con éxito la segunda parte [*infra*, VI].

B).- *Segunda parte: Las conductas de menor importancia en el Derecho español de defensa de la competencia.* En esta segunda parte analizamos la regulación de nuestro objeto de estudio en nuestro Derecho, tanto en la LDC como en el RDC,

tomando en consideración también sus antecedentes legislativos (LPRC y LDC/89). Nos proponemos, en particular, ser capaces de explicar la relación entre el art. 5 LDC y los distintos ilícitos *antitrust* tipificados por la normativa española (arts. 1, 2 y 3 LDC), así como ofrecer un estudio crítico de los criterios reglamentarios merced a los cuales se determina cuándo existe una conducta de menor importancia (arts. 1, 2 y 3 RDC).

A diferencia de la primera parte de esta investigación, relativa al Derecho comunitario, la ejecución de las tareas correspondientes a la segunda parte sigue un orden bastante lógico e intuitivo. Este empieza por el estudio de los antecedentes normativos, para pasar seguidamente a analizar la LDC y, a continuación, el RDC. Por último, abordamos algunas cuestiones problemáticas que presenta el régimen interno. En concreto, la estructura elegida para abordar la cuestión que nos atañe en el ordenamiento jurídico español ha sido básicamente la siguiente:

1º) En primer lugar, ponemos la atención en los antecedentes normativos de la vigente LDC. Esto nos exige reparar, por un lado, en el silencio que mantenía la LPRC en relación con la materia objeto de estudio [*infra*, I, 1] y, por otro, en la controvertida regulación contenida en su día en la LDC/89, tanto en su texto original como en sus sucesivas modificaciones [*infra*, I, 2]. Completamos lo anterior con la exposición de algunos de los casos más significativos de esta etapa histórica, previa a la promulgación de la actual LDC [*infra*, I, 3].

2º) En segundo lugar, tratamos la relación existente entre el art. 5 LDC (precepto intitulado "conductas de menor importancia") y los distintos ilícitos *antitrust* (arts. 1, 2 y 3 LDC). Al respecto, no nos resistimos a formular una serie de propuestas de reforma. Por un lado, sugerimos que el art. 1 LDC sobre acuerdos colusorios se adecúe de forma más acentuada a cierta corriente del Derecho comparado [*infra*, II, 1]. Por otro lado, planteamos la posibilidad de que el art. 5 LDC no extienda la regla *de minimis* al abuso de posición de dominio, toda vez que el concepto de abuso (*ex* art. 2 LDC) lleva incorporada la teoría de la sensibilidad [*infra*, II, 2]; ni tampoco al falseamiento de la libre competencia por actos desleales, ya que lo mismo ocurre con la exigencia (*ex* art. 3 LDC) de la afectación al interés público [*infra*, II, 3].

3º) Seguidamente, pasamos a comentar los tres preceptos del RDC que establecen los criterios que determinan cuándo una conducta puede ser considerada *de minimis*. Abogamos aquí por una simplificación del art. 1 RDC [*infra*, II, 3.1], así como por la supresión del art. 2 RDC, dada su innecesidad y, sobre todo, su contradicción con el Derecho comunitario [*infra*, II, 3.2], e incluso por una enumeración más explícita y comprometida de otros criterios diferentes a la cuota de mercado que puedan tenerse en cuenta en la tarea de determinar en el caso concreto si



una práctica concurrencial tiene capacidad o no para afectar de manera sensible o apreciable a la competencia [*infra*, II, 3.3].

4º) Finalmente, no nos resistimos a tratar de responder a tres interrogantes particulares que emergen del régimen interno de las conductas de menor importancia. Nos referimos concretamente a la posibilidad de que la transposición de la directiva ECN+ a nuestro ordenamiento haya alterado el sentido del art. 5 LDC [*infra*, III, 1], a la incertidumbre sobre si existe o no un efecto sobre el comercio nacional o autonómico que pueda ser un cierto reflejo del efecto sobre el comercio comunitario presente el Derecho de la UE [*infra*, III, 2] y, por último, a si merecen o no la consideración de desleales los comportamientos de menor importancia [*infra*, III, 3].

A estas dos partes le sucede un conjunto de conclusiones extraídas del análisis llevado a cabo en esta investigación. Estas tienen en su mayor parte una naturaleza pleonástica y se cierran con una macroconclusión que constituye la tesis principal de la investigación y su aspiración axial: una propuesta de interpretación omnicomprendiva que explique la doctrina *de minimis* en sus diferentes manifestaciones, de modo que resulte coherente con todas las figuras, instituciones o realidades jurídicas con las que se relaciona.



## PRIMERA PARTE

### LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN EL DERECHO EUROPEO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

#### I. LA NOCIÓN DE RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL ARTÍCULO 101.1 TFUE

Como se sabe, el art. 101.1 TFUE dispone que para que una concurrencia de voluntades se considere prohibida, ésta ha de tener por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en una parte sustancial del mercado comunitario. La lectura de esta norma permite apreciar la existencia de una cierta graduación en la prohibición, desde lo más radical, es decir, *impedir* la competencia, hasta un concepto más poroso, que se pone de manifiesto a través del vocablo *falsear*<sup>1</sup>.

En líneas generales, cabe sostener que la competencia se encuentra *impedida* cuando la práctica en cuestión elimina totalmente la competencia entre quienes la llevan a cabo. En cambio, la competencia se encuentra *restringida* cuando, pese a hallarse reducida, no resulta eliminada de forma plena o total. Finalmente, se habla de competencia *falseada* cuando el acuerdo sitúa a las empresas competidoras en condiciones de competencia desiguales<sup>2</sup>.

Ahora bien, pese a estas diferencias conceptuales, hemos de advertir que en lo sucesivo en este trabajo utilizaremos los términos restricción de la competencia para referirnos de forma conjunta tanto a los supuestos en que la competencia queda *restringida* en sentido estricto como aquellos otros en que se halla *impedida* o simplemente *falseada*. E, igualmente, hablaremos de acuerdos en general (*rectius*, acuerdos de menor importancia) para referirnos a la totalidad de las conductas colusorias prohibidas por el art. 101 TFUE, esto es, los *acuerdos* propiamente dichos, las *decisiones de asociaciones de empresas* y las *prácticas concertadas*.

---

<sup>1</sup> BROWN, H y HIRSCH, G., *Cartel law of the european Economic Community*, London, Butterworths, 1963, p. 11; VELASCO SAN PEDRO, L., “Restricción de la competencia”, en AA.VV. (dir. VELASCO SAN PEDRO, L.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Madrid, Iustel, 2006, p. 630; CURTO POLO, M.M., “Prohibición de las conductas colusorias (I): Prácticas prohibidas y régimen de exenciones”, en AA.VV (coord. CARBAJO CASCÓN, F), *Manual práctico de Derecho de la Competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 114 y MIRANDA SERRANO, L. M., “Restricciones accesorias y prácticas colusorias. Las ancillary restraints y el art. 81 del TCE. A propósito de algunas experiencias jurisprudenciales relativas a cesiones de empresas, franquicias y cooperativas”, *DN*, núm. 122, 2000, p.11.

<sup>2</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias, ancillary restraints y *de minimis*”, en AA.VV (dir. RUIZ PERIS, J.I), *Derecho Europeo de la competencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2017, pp. 57-58.

Conforme a lo expuesto, resulta obvio que, de conformidad con el art. 101.1 TFUE, para que un acuerdo (en sentido amplio que acaba de indicarse) se considere ilícito, es exigencia inexcusable que la competencia quede restringida de alguna manera. Bien es cierto que este requisito se presenta como un concepto abierto que, como tal, no está definido ni en los Tratados ni en los Reglamentos. Por ello, la cuestión de qué es una restricción de la competencia debe inferirse de la aplicación de la ley a escenarios concretos, lo que ha provocado que la mayoría de las veces este debate haya estado dominado por una sensación de cierta frustración<sup>3</sup>. De hecho, podemos afirmar sin miedo a equivocarnos que, después de más de cincuenta años de experiencia en este ámbito, aún no existe una definición inequívoca de los términos restricción de la competencia<sup>4</sup>.

Lo anterior explica que renunciemos en este trabajo a obtener una noción incontrovertida de restricción concurrencial. Nuestro objetivo es más modesto. Nos conformamos con tratar de comprender el rol que desempeña el carácter de lo apreciable, lo significativo o lo sensible en dicha noción, con vistas a comprobar si forma o no parte de la noción de restricción de la competencia prohibida por el TFUE.

Al respecto, conviene poner de relieve que si abogamos por una interpretación descontextualizada del art. 101.1 TFUE, se puede pensar que el legislador comunitario entiende vetada toda forma de cooperación entre empresas, como si ésta fuese sistemáticamente sospechosa de tener fines espurios<sup>5</sup>.

Ahora bien, dado que toda acción comercial supone una restricción de algún tipo, resulta más que justificada la jurisprudencia extracomunitaria que sostiene, con buen criterio, que deben establecerse ciertos límites a la hora de prohibir restricciones del comercio<sup>6</sup>. De lo contrario, cualquier concurrencia de voluntades entre

---

<sup>3</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P y LAMADRID, A., “On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know”, en AA.VV (eds. GERARD, D., MEROLA, M., y MEYRING, B), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Brussels, Bruylant, 2017, pp. 333-334.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>5</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una visión privatista del derecho antimonopolio”, *Indret*, núm. 253, 2004, p. 2.

<sup>6</sup> *The Canadian Pacific Ry. Co. v. Ste. Thérèse* (1889) 16 SCR 606. Literalmente, el jefe de Justicia de Canadá afirmó lo siguiente: “*It is clear that there must be some presumed limits of the doctrine of restraint of trade, otherwise any agreement between traders could not stand. For every agreement involves an obligation, sometimes many obligations, and every obligation involves a restraint between traders, generally a restraint of trade*”. También cabe citar la sentencia *Board Trade Of Chicago v. United States*, 246 US 231 (1918), donde se afirma que la legalidad de un acuerdo no puede depender simplemente del hecho de que restrinja la competencia, ya que todo contrato mercantil y toda reglamentación del comercio son, por esencia, restrictivos. El verdadero test de legalidad debe conducir a preguntarse si la restricción impuesta promueve o incluso refuerza la competencia o si, por el contrario, la suprime parcial o totalmente.

participantes del mercado no se sostendría, debido a que todo acuerdo supone una serie de obligaciones que a menudo se traducen en una forma de restricción concurrencial<sup>7</sup>.

Este problema, de hecho, es el que se ha tratado de paliar en los EEUU con la utilización de los métodos hermenéuticos de la *rule of reason* y la *per se rule*<sup>8</sup>. En Europa, empero, la ausencia de un concepto claro de restricción de la competencia no se debe únicamente a la falta de precisión de las normas aplicables, sino también, como veremos, a la inexistencia de criterios uniformes y consolidados por parte tanto de la CE como del TJUE<sup>9</sup>.

Por otro lado, hemos de advertir que el estudio de la noción de restricción de la competencia que se realiza a continuación prescinde del análisis de algunas cuestiones, como, por ejemplo, las relativas a la diferenciación entre restricciones horizontales o verticales y entre restricciones por el objeto o por los efectos. Aunque se trata de materias que inciden en la adecuada comprensión de los acuerdos de menor importancia, su tratamiento se lleva a cabo de forma diseminada a lo largo del presente trabajo, pero no en este primer epígrafe.

Éste se estructura sencillamente en torno a dos tareas bien delimitadas: 1ª) establecer como premisa que la concepción amplia o formal del término restricción de la competencia *ex art. 101.1 TFUE* está superada por una concepción flexible [*infra*, I, 1] y 2ª) demostrar que el carácter sensible o apreciable forma parte de la referida noción antiformalista de restricción de la competencia [*infra*, I, 2].

Si los dos cometidos enunciados se cumplen satisfactoriamente, estaremos en condiciones de abordar con cierta probabilidad de éxito los dos interrogantes principales que plantean las conductas de menor importancia; a saber: el problema sobre su licitud o ilicitud [*infra*, II] y, por otro, los criterios que determinan el carácter inapreciable o insignificante [*infra*, III].

### **1. Las dos nociones irreconciliables de restricción de la competencia: restricción formal y restricción razonable**

En el Derecho de la UE hay al menos dos formas posibles de entender los términos restricción de la competencia *ex art. 101.1 TFUE*. Se trata de las siguientes:

<sup>7</sup> ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los intereses protegidos por el Derecho comunitario de la competencia. Algunas reflexiones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en AA.VV (dirs. VIERA GONZÁLEZ, A.J; ECHEBARRÍA SÁENZ, M y RUIZ PERIS, J.I.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Madrid, La Ley, 2013, p. 836.

<sup>8</sup> BELLAMY, C., “Restriction of competition: a historical perspective”, en AA.VV (eds. GERARD, D., MEROLA, M., y MEYRING, B), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Brussels, Bruylant, 2017, p. 32.

<sup>9</sup> VELASCO SAN PEDRO, L., “Restricción de...”, cit., p. 626.

1ª) La primera consiste en interpretar la prohibición de realizar comportamientos colusorios de forma *literal* o *textual*, reputando que toda restricción de la competencia está proscrita, a no ser que satisfaga los presupuestos de aplicación del art. 101.3 TFUE. Como es natural, en caso de aplicarse esta última norma, la restricción en cuestión, pese a juzgarse *ab initio* prohibida por el apartado 1º del art. 101 TFUE, se considera exculpada de la prohibición por su contribución al progreso socioeconómico (licitud *ex post* de la prohibición)<sup>10</sup>.

2ª) La segunda, por el contrario, estriba en entender la prohibición del art. 101 TFUE de manera *relajada* o *flexible*, reconociendo que no cualquier restricción del comercio es necesariamente una restricción de la competencia vetada por el art. 101.1 TFUE. Lógicamente, de acogerse esta otra noción, es lógico y admisible que el intérprete y aplicador de la norma haga distinciones entre restricciones prohibidas y no prohibidas por el art. 101.1 TFUE<sup>11</sup>.

Esta disyuntiva, en efecto, se puede observar con claridad en la jurisprudencia temprana del TJUE<sup>12</sup>. Por un lado, en *Société Technique Minière* se desecha la interpretación literal estricta del art. 101.1 TFUE y se aboga por entender que una limitación de la libertad de actuación de alguno de los participantes no siempre equivale a una restricción de la competencia en el sentido del art. 101.1 TFUE<sup>13</sup>. Pero por otro, en *Consten*, al enjuiciarse una protección territorial absoluta, el TJUE aseguró que la conducta era una restricción de la competencia por su propia naturaleza y que por ello no había necesidad de estudiar los efectos de la práctica, debiéndose contemplar cualquier efecto favorable de ella derivado a través del apartado 3º del art. 101 TFUE<sup>14</sup>.

Pese a la ambigüedad de los primeros pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales comunitarios, finalmente se ha impuesto una concepción flexible o razonable de restricción de la competencia *ex art.* 101.1 TFUE. Se trata de una forma de interpretar estos términos que guarda cierta similitud con el método de la *rule of reason*, según el cual la Sección 1ª de la *Sherman Act* se interpreta y aplica con

<sup>10</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La problemática *antitrust* de los acuerdos de menor importancia. (En especial, tras la Ley 52/1999 de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia)”, *Revista General de Derecho*, núm. 676-677, 2001, p. 685; ÍDEM., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 58; ÍDEM., “Restricciones accesorias...”, cit., pp. 11-12; VELASCO SAN PEDRO, L., “Restricción de...”, cit., pp. 628-629 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos...”, cit., pp. 5 y ss.

<sup>11</sup> ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los intereses protegidos...”, cit., p. 827; MIRANDA SERRANO, L.M., “La problemática *antitrust*...”, cit., p. 685; ÍDEM., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 58; ÍDEM., “Restricciones accesorias...”, cit., pp. 11-12; VELASCO SAN PEDRO, L., “Restricción de...”, cit., pp. 628-629 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos...”, cit., pp. 2 y ss.

<sup>12</sup> BELLAMY, C., “Restriction of competition...”, cit., p. 33.

<sup>13</sup> STJUE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière* (asunto C-56-65/66).

<sup>14</sup> STJUE de 13 de julio de 1966, *Consten and Grundig* (asunto C-58-64/66).

transigencia, sin necesidad de recurrir para ello a una norma indulgente que enerve la prohibición<sup>15</sup>.

Se explica así que, al interpretar el art. 101.1 TFUE, sea posible discriminar entre restricciones concurrenciales prohibidas y permitidas, sin necesidad de hacer uso de la técnica de exención o indulgencia del art. 101.3 TFUE<sup>16</sup>. De modo que queda obsoleta la idea de que siempre que se coarta convencionalmente la libertad de comportamiento de los operadores en el mercado hay *ipso facto* una restricción de la competencia que debe ser prohibida. El enfoque del intérprete no puede ser formalista, sino realista y, como tal, basado en un examen de los mercados y los comportamientos empresariales que en ellos tienen lugar.

Cierto es, empero, que la estructura normativa del art. 101 TFUE (a saber: la cláusula general prohibitiva del apdo. 1º y cláusula general de exención del apdo. 3º), parece no acomodarse bien a esta forma de entender los términos restricción de la competencia. No en vano, en una primera lectura del precepto podría entenderse que cualquier restricción de la competencia surgida de un acuerdo habría de considerarse prohibida (apdo. 1º), a no ser que cumpla todos y cada uno de los requisitos de la exención establecidos legalmente (apdo. 3º)<sup>17</sup>.

No menos verdad es, sin embargo, que el Libro Blanco sobre modernización de las normas de aplicación de los antiguos arts. 81 y 82 TCE refutó esta conclusión<sup>18</sup>. De hecho, abogó por una noción de restricción de la competencia en la que los efectos económicos derivados de una práctica en cuestión constituyen un elemento esencial de su valoración a fin de constatar si posee o no carácter restrictivo

Es más, incluso con anterioridad a la aprobación de dicho Libro Blanco, esa irreflexiva conclusión a la que antes nos hemos referido se podía considerar desmentida a tenor de la aplicación que de los precedentes legislativos del art. 101.1 TFUE habían hecho las autoridades comunitarias<sup>19</sup>. Un ejemplo indiscutible de lo que afirmamos son las restricciones accesorias que, en rigor, posibilitaron la aparición de

<sup>15</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 58. Sobre las similitudes entre la regla de la razón y los acuerdos de menor importancia, *vid.* FASQUELLE, D., *Droit américain et Droit Communautaire des ententes: étude de la règle de la raison*, Paris, Joly, 1993, pp. 112-114.

<sup>16</sup> BRIGHT, C., “EU competition policy: rules, objectives and deregulation”, *Oxford journal of legal studies*, Vol. 16, núm. 4, 1996, *passim*.

<sup>17</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 59 y ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Cizur Menor, Civitas, 2006, p. 28.

<sup>18</sup> Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, de 28 de abril de 1999 (DOCE C-132, de 12 de mayo de 1999).

<sup>19</sup> A modo de ejemplo, sin ánimo de exhaustividad: SSTJUE de 15 de diciembre de 1994, *Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs* (asunto C-250/92), apdo. 45º y de 19 de febrero de 2002, *Wouters* (asunto C-309/99), apdo. 97º. También STPI de 18 de septiembre de 2001, *Métropole télévision* (asunto T-112/99), apdo. 76º.

la *rule of reason* en los EEUU y la preparación del terreno para el surgimiento en la UE de una interpretación laxa del art. 101.1 TFUE<sup>20</sup>.

A continuación, por tanto, sostenemos que en sede comunitaria se ha adoptado la más flexible de las dos nociones posibles de restricción concurrencial. Y lo hacemos sobre la base de tres cuestiones conectadas entre sí: a) la recepción del estándar de lo razonable en los EEUU como regla hermenéutica para reducir el alcance amplio de la prohibición de la Sección 1ª de la *Sherman Act* [*infra*, 1.1]; b) la adopción de la doctrina de las restricciones accesorias en la UE como antesala de una interpretación razonable del art. 101.1 TFUE [*infra*, 1.2]; y, por último, c) la constatación, a través de diversos ejemplos, de que la noción de restricción de la competencia vigente no es otra que aquella que aboga por entender que existen ciertas conductas restrictivas que están permitidas por el ordenamiento comunitario sin necesidad de acudir para ello al expediente de la exención del art. 101.3 TFUE [*infra*, 1.3].

### 1.1. La *Sherman Act*, la regla de lo razonable y el poder de mercado

Como se sabe, el origen del Derecho *antitrust* ha de situarse en la Norteamérica de principios del siglo XIX<sup>21</sup>. Ciertamente, es en ese momento y lugar cuando confluyeron la presencia de un intenso espíritu individualista, la incesante aparición de inventos y la riqueza de recursos naturales disponibles, para dar lugar a un profundo movimiento de monopolización económica. Ello provocó que la figura o institución conocida como *trust* alcanzara gran popularidad y se convirtiera en el instrumento protagonista de la concentración empresarial<sup>22</sup>.

Ahora bien, la enérgica reacción de oposición del pueblo estadounidense no se hizo esperar, por cuanto que los *trusts* afectaron negativamente a todos los sectores industriales. A la idea motriz de acabar con esta dinámica (o ponerle remedio)

<sup>20</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias...”, cit., pp. 60 y ss; ÍDEM., “En el derecho *antitrust* también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”, *RDCD*, núm. 13, 2013, pp. 6 y ss; ÍDEM., “La *rule of reason* en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas”, en AA.VV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 2, Valencia, Tirant lo blanch, 1995, pp. 2324 y ss; VELASCO SAN PEDRO, L., “Restricción de...”, cit., pp. 628-629 y GINER PARREÑO, C.A., “Artículo 1 de la Ley de Defensa de la competencia y *rule of reason* (el caso *ICI Paints* España, S.A)”, *DN*, núm. 33, 1993, pp. 12 y ss.

<sup>21</sup> Entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho mercantil*, 9ª ed, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 295-296; ÍDEM., “La formación del Derecho de la competencia”, *ADI*, t. II, 1975, p. 70; GARRIGUES, J., *La Defensa de la Competencia mercantil*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964, p. 37 y FERNÁNDEZ NOVOA, C., “Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: Centenario de la *Sherman Act*”, *ADI*, t. XIII, 1989-1990, p. 675 y ss.

<sup>22</sup> Sobre los *trust* en EEUU, entre otros, DILORENZO, T.J., “The origins of antitrust: An interest-group perspective”, *International review of law and economics*, Vol. 5, núm. 1, 1985, pp. 73-90; MORGAN, T.D y PIERCE, R.J., *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*, 5<sup>TH</sup> ed, USA, West Academy, 2018, pp. 1-116 y MCKENZIE, R., *Trust on trial*, Massachusetts, Perseus publishing, 2000, pp. 1-26.



obedeció, precisamente, la promulgación en 1890 de la *Sherman Act*. Gracias a ella, los tribunales americanos empezaron a revertir el imparable proceso de concertación empresarial que venía desarrollándose desde hacía ya algún tiempo.

Conforme a esta ley, se reputa ilegal *todo* contrato o conspiración que restringe el comercio entre los distintos Estados o entre éstos y las naciones extranjeras<sup>23</sup>. La utilización de un lenguaje tan taxativo parece llevar a descartar la legalidad de cualquier acuerdo que de alguna manera suponga una restricción del comercio. Sin embargo, los tribunales pronto se dieron cuenta de que conviene admitir ciertas excepciones. En efecto, la Corte Suprema de los EEUU, consciente de que ese tono prohibitivo de acuerdos bilaterales ordinarios, cooperaciones y *joint-ventures* perjudicaba la libertad de empresa, moduló la formal amplitud y contundencia del texto legal.

En realidad, la historia de la aplicación de la *Sherman Act* está repleta de episodios de evolución al estilo del *Common Law*<sup>24</sup>. Si bien en un primer momento la aplicación de la Ley a los casos concretos se realizó mediante el recurso a la técnica de la interpretación literal, pronto se acabó imponiendo otra lectura más flexible de la prohibición legal<sup>25</sup>. Ejemplo claro de esto es, precisamente, la doctrina de las restricciones accesorias (*ancillary restraints doctrine*).

Esta doctrina se formuló por primera vez en Norteamérica a finales del siglo XIX<sup>26</sup>. En particular, su despegue se remonta a 1898 con la sentencia del caso *United States v. Addyston Pipe and Steel Co*<sup>27</sup>. En esta resolución se afirma expresamente que “ninguna restricción del comercio puede ser puesta en práctica salvo que la cláusula que la incorpora sea meramente auxiliar del propósito principal de un contrato legal y

<sup>23</sup> Traducción propia de la sección 1ª de la *Sherman Antitrust Act (1890)*.

<sup>24</sup> Entre otros, EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements and the rule of reason”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 53, núm. 1, 1984, pp. 136-137, GINER PARREÑO, C.A., “Artículo 1...”, cit., p. 12 y MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, cit., p. 5.

<sup>25</sup> Una interpretación literal de la *Sherman Act* se encuentra en el caso *United States v. Transmissouri Freight Association*, 166 US 290 (1897). Precisamente en él, el juez PECKMAN renunció a distinguir entre restricciones razonables y no razonables de la competencia, apoyándose principalmente en el aparente carácter taxativo de la Ley.

<sup>26</sup> La sentencia referida, sin embargo, cuenta con precedentes. Una interpretación similar a la que en ella se realiza, aunque más tímida, se hizo algunos meses antes en la sentencia *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897). De hecho, es posible encontrar un precedente aún más remoto en *Mitchell v. Reynolds*, Case 44 (1711), donde los jueces ingleses realizan todo un alegato a favor de una cláusula de no competencia limitada territorial y geográficamente e incluida en un contrato de arrendamiento de empresa, precisamente por ser “reasonable”.

<sup>27</sup> *United States v. Addyston Pipe and Steel Co*, 85 Fed. 271 (6th Cir. 1898), 175 US 211 (1899). En él se enjuicia la legalidad de un convenio suscrito por diversas compañías con la Sección 1ª de la *Sherman Act*. En virtud del acuerdo se hacía un reparto territorial entre todas ellas y se constituía un comité que decidía los precios que se aplicarían en cada uno de los territorios. Como no puede ser de otra manera, la Corte de Apelación del *Sixth Circuit* consideró nulo el pacto basándose en su inequívoca finalidad anticompetitiva.

necesaria para proteger al comprador en el disfrute de los frutos legítimos del contrato, o para protegerlo de los peligros de un uso injusto de esos frutos por la otra parte”<sup>28</sup>.

A nuestro juicio, la trascendencia de esta afirmación es evidente. No en vano, se trata de la primera resolución judicial de los EEUU que *admite dejar al margen* del ámbito de aplicación de la Sección 1ª de la *Sherman Act* ciertas restricciones del comercio<sup>29</sup>.

Las referidas palabras de la sentencia *Addyston Pipe* pasaron, sin embargo, inadvertidas durante la primera mitad del siglo XX. Solo a partir de entonces empezaron a cobrar un notorio protagonismo merced a la difusión que les dio BORK en algunos de sus trabajos<sup>30</sup>.

Por ello la formulación moderna de la doctrina de las restricciones accesorias es la que algunos años después de la puesta en valor de la resolución *Addyston Pipe* se contiene en la sentencia del caso *Rothery Storage & Van Co v. Atlas Van Lines, Inc*<sup>31</sup>. En concreto, en esta otra resolución judicial se pone de relieve que para ser accesoria una restricción del comercio debe estar subordinada y ser necesaria para la realización de un negocio legítimo, debiéndose considerar satisfechos ambos requisitos cuando la restricción en cuestión posibilita que la transacción consiga su propósito de forma más eficiente<sup>32</sup>.

La impunidad de un acuerdo gracias al carácter accesorio de su cláusula restrictiva de la competencia contribuyó a la construcción de una regla hermenéutica que permitió reducir el ámbito de aplicación de la prohibición formulada en la Sección 1ª de la *Sherman Act*<sup>33</sup>. Dicha regla es conocida como la regla de la razón (*rule of reason*). En torno a ella los jueces han venido distinguiendo entre restricciones concurrenciales razonables, situadas al margen del ámbito de aplicación de la Sección 1ª de la *Sherman Act*, y no razonables, reputadas *per se* ilegales.

---

<sup>28</sup> Traducción propia de las palabras del juez TAFT, cuya literalidad es la siguiente: “*No conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract, and necessary to protect the covenantee in the enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or to protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party*”.

<sup>29</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 61 e ÍDEM., “Restricciones accesorias...”, cit., p. 6.

<sup>30</sup> Entre otros, BORK, R., “Vertical integration and the Sherman Act: The legal history of an economic misconception,” *University of Chicago Law Review*, núm. 22, 1954.

<sup>31</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 62.

<sup>32</sup> *Rothery Storage & Van Co v. Atlas Van Lines, Inc*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986).

<sup>33</sup> KOVAR, R., “Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2, 1987, p. 237 y HAWK, B., “La révolution antitrust américaine. Une leçon pour la Communauté économique européenne?”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 1, 1989, p. 5.

Lo anterior explica que no sea incorrecto afirmar que la *rule of reason* encuentra su punto de partida en la doctrina de las restricciones accesorias. Y es que, ciertamente, la doctrina elaborada por el juez TAFT en la sentencia *Addyston Pipe*, fue la que permitió al juez WHITE iniciar la senda que condujo finalmente a la *rule of reason*<sup>34</sup>.

En particular, fue en la sentencia *Standar Oil New Jersey v. United States* donde se afirmó la conveniencia de dar con un principio hermenéutico capaz de guiar a los jueces a la hora de determinar cuáles son las restricciones concurrenciales prohibidas por la *Sherman Act*, hallándose aquél definitivamente en la *rule of reason*<sup>35</sup>.

Más tarde, la sentencia *United States v. American Tobacco* aseveró que los términos restricción de la competencia sólo son comprensivos de los actos, contratos, acuerdos o alianzas *que van en contra del interés público* al restringir indebidamente la competencia<sup>36</sup>.

Finalmente, a través de la sentencia del caso *Board of Trade of Chicago v. United States*, la Corte Suprema de los EEUU precisó los criterios de valoración que han de utilizarse a fin de determinar si un acuerdo restrictivo de la competencia está o no prohibido por la Sección 1ª de la *Sherman Act*<sup>37</sup>.

A través de esta jurisprudencia y la posterior que en ella se basa, empieza a tomar forma el método interpretativo de las normas *antitrust* conforme al cual el intérprete y aplicador de la Ley debe valorar los efectos positivos y negativos que la práctica enjuiciada despliega sobre la competencia. La relevancia de este método es incuestionable. No en vano, puede decirse que desde principios del siglo XX hasta hoy, la *rule of reason* ha sido una constante en la jurisprudencia norteamericana.

La evolución de esta regla hermenéutica ha estado marcada, según la doctrina, por cuatro etapas diferentes<sup>38</sup>. La primera de ellas, que comprende desde su origen hasta 1910, se caracterizó, como sabemos, por una interpretación literal de la norma. La segunda, que va desde 1911 hasta 1940, por el contrario, se corresponde con la sustitución de la interpretación encorsetada de la prohibición por la flexibilidad de la *rule of reason*, que ya ha sido comentada con anterioridad. Sin embargo, más tarde, en el periodo comprendido desde 1940 a 1970, imperó la presunción de ciertas conductas consideradas *per se* ilícitas. Mas en la última etapa (que abarca el periodo comprendido desde 1970 hasta hoy) vuelve a predominar la *rule*

---

<sup>34</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, cit., p. 6 e ÍDEM., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 63.

<sup>35</sup> *Standar Oil of New Jersey v. United States*, 221 US 1 (1911).

<sup>36</sup> *United States v. American Tobacco*, 221 US 106 (1911).

<sup>37</sup> *Board Trade Of Chicago v. United States*, 246 US 231 (1918).

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ NOVOA, C., “Un hito en la historia...”, cit., pp. 675 y ss, MIRANDA SERRANO, L.M., “La rule of reason...”, cit., pp. 2324-2325 e ÍDEM., “Restricciones accesorias...”, cit., pp. 4-5.

*of reason*, auspiciada por los fundamentos de la Escuela de Chicago sobre la teoría económica de la eficiencia<sup>39</sup>.

Es cierto, sin embargo, que mientras la jurisprudencia adopta y aplica el método interpretativo de la regla de la razón, una alternativa conocida como *per se condemnation rule* (o *per se rule*, a secas) se desarrolla de forma paralela. El fundamento de esta otra teoría reside en considerar que determinadas prácticas han de ser reputadas *per se* ilegales en virtud de su carácter de no razonables.

Así lo pone de manifiesto por primera vez la sentencia del caso *United States v. Trenton Potteries Co*<sup>40</sup>. De ella se desprende la existencia de restricciones que, dados sus perjudiciales efectos sobre la competencia y la ausencia de elementos positivos susceptibles de contrarrestarlos, son en sí mismas ilícitas, sin que para llegar a esa conclusión sea necesario acudir al complicado examen económico del balance concurrencial que es propio de la *rule of reason*.

Tradicionalmente, sobre todo en los años cincuenta y sesenta de la pasada centuria, se vino considerando que ciertas conductas eran prácticas *per se* ilícitas. Entre ellas, cabe citar los acuerdos de fijación horizontal y vertical de precios, los acuerdos vinculados o los acuerdos de reparto horizontal de los mercados<sup>41</sup>. Sin embargo, cierto es que una parte significativa de esta jurisprudencia ha ido cambiando y ahora la mayoría de prácticas son enjuiciadas también desde el prisma de la *rule of reason*.

Por ejemplo, los acuerdos de fijación vertical de precios no son ilegales *per se* desde el caso *Sylvania* de 1977<sup>42</sup>. La prohibición *per se* de la fijación de un precio

---

<sup>39</sup> POSNER, R., *Economic analysis of law*, 9th, New York, Wolters-Kluwer Law & Business, 2014, *passim* e ÍDEM., “The Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 925, 1979, *passim*. No obstante, han sido críticos con esta corriente jurídica fundamentada en la economía, entre otros: FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 29, nota 18; EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, cit., p. 154 e incluso HAYEK, quien afirma que la tarea de enmendar gradualmente el sistema legal con el fin de que éste conduzca mejor al suave funcionamiento de la competencia es labor del jurista y no de los economistas (Vid. HAYEK, F., *Los Fundamentos de la Libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1991, p. 287).

<sup>40</sup> *United States v. Trenton Potteries Co*, 273 U.S. 392 (1927). En este pronunciamiento la Corte Suprema aclara que los acuerdos de fijación de precios a cualquier nivel no son razonables porque el propósito y resultado de todo acuerdo de mantenimiento de precios, si es efectivo, es la eliminación de una forma de competir. Deben presumirse irracionales y, consecuentemente, ilegales, sin que para ello se deba realizar una investigación en profundidad acerca de los perjuicios que han podido causar o de las justificaciones económicas manifestadas a su favor.

<sup>41</sup> BORK, R., “The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division”, *Yale Law Journal*, núm. 775, 1965, *passim*.

<sup>42</sup> *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967). En este pronunciamiento la Corte Suprema de los EEUU afirmó que los acuerdos verticales de fijación de precios son restricciones *per se* ilegales. Sin embargo, diez años más tarde superó esa interpretación en *Continental TV, inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977). En este caso el *Ninth Circuit* dijo que la restricción de *Sylvania* tenía menos potencial para dañar la competencia y que por eso ese acuerdo debía ser analizado bajo la *rule of reason* y no como una ilegalidad *per*

máximo fue modificada en el caso *State Oil v. Khan*, donde la Corte Suprema de los EEUU sostuvo que es difícil concebir que un acuerdo vertical que impone precios máximos dañe a los consumidores o a la competencia desde un análisis *per se* de ilegalidad<sup>43</sup>. También son enjuiciados bajo la *rule of reason* los acuerdos vinculados, quedando ya superada y obsoleta la postura defendida por la Corte Suprema en los casos *Northern Pacific Railway Co v. United States*, *International Salt Co v. United States* y *Fortner Enterprises Inc v. United States Steel Corporation*, merced a la cual los acuerdos vinculados eran reputados ilegales *per se*<sup>44</sup>. Esta antigua interpretación judicial ha sido reemplazada por otra partidaria de entender que la *rule of reason* puede ser un estándar de enjuiciamiento apropiado en algunas circunstancias, optando así por un enfoque más liberal<sup>45</sup>.

A tenor de lo expuesto, se observa con facilidad cómo se ha impuesto en los EEUU una perspectiva más respetuosa con el enfoque económico a la hora de interpretar qué es una restricción de la competencia prohibida por las normas *antitrust*. Y ello a pesar de la aparente contundencia del lenguaje empleado por el legislador en la redacción de la norma. Esto se constata especialmente en la reticencia creciente de los juzgados norteamericanos a aplicar la *per se rule*. Pero también en los criterios en virtud de los cuales se determina qué casos son más ampliamente investigados por presentar un riesgo más significativo para la competencia<sup>46</sup>. De todos ellos, el concepto que probablemente reviste más interés para este trabajo es el de “poder de mercado”, al evocar en cierto modo los criterios cuantitativos que históricamente han determinado la falta de afectación sensible o significativa a la competencia (como tendremos ocasión de comprobar más adelante: *infra*, III)<sup>47</sup>.

En efecto, no falta quien ha afirmado que el poder de mercado es fundamental en el análisis *antitrust*<sup>48</sup>. No en vano, sin poder de mercado, un vendedor es incapaz de

---

*se*. Así lo consideró también la Corte Suprema, decidiendo por tanto que lo más apropiado era volver a la *rule of reason* que había antes del caso *Schwinn*.

<sup>43</sup> *State Oil v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

<sup>44</sup> *Northern Pacific Railway Co v. United States*, 356 U.S. 1 (1956); *International Salt Co v. United States*, 332 U.S. 392 (1947) y *Fortner Enterprises Inc v. United States Steel Corporation*, 394 U.S. 495 (1969).

<sup>45</sup> *Jefferson Parish Hosp. Dist. N. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

<sup>46</sup> EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, cit., pp. 158-168.

<sup>47</sup> Hay quien al tratar el poder de mercado en el art. 101 TFUE, lo relaciona, inequívocamente, con la doctrina *de minimis*. Vid. MONTI, G., *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 153-154 y GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto antitrust*, 2<sup>th</sup> ed, Torino, Giappichelli editore, 2019, p. 125.

<sup>48</sup> BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado y su relevancia en el Derecho de la competencia europeo”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013, p. 488. Asimismo, hay quien ha afirmado que el “concepto de poder de mercado está en el centro del Derecho *antitrust*” (HAY, G.A., “Market power in antitrust”, *Antitrust Law Journal*, núm. 60, 1991-1992, p. 807.) o que “el poder de mercado es un concepto clave en el derecho *antitrust*” (LANDES, W.M y POSNER, R., “Market power in antitrust cases”, *Harvard Law Review*, núm. 94, 1981, p. 937). En este sentido y en relación con la doctrina *de minimis*, se ha sostenido que “la teoría económica acepta que si las empresas no poseen y ejercitan poder de mercado no son

imponer condiciones anticompetitivas, y por tanto, es innecesario que las leyes antimonopolio controlen lo que teóricamente es controlado por el propio mercado<sup>49</sup>.

Sin embargo, al mismo tiempo existen voces que han cuestionado que la exigencia de poder de mercado sea un prerrequisito a probar por el demandante y no tan solo un aspecto más a considerar en la aplicación de la *rule of reason*<sup>50</sup>. Para esta corriente de pensamiento, el predominio del poder de mercado en la sección 1ª de la *Sherman Act* es solo aparente y se debe a un triunfo retórico de dos profesores de la Universidad de Chicago<sup>51</sup>. De hecho, es cierto que el poder de mercado nunca ha sido concebido como prerrequisito por la Corte Suprema norteamericana y que incluso los *Circuits* han hecho una aplicación del mismo dispar y errática<sup>52</sup>.

Por consiguiente, el rol que desempeña el poder de mercado en la Sección 1ª de la *Sherman act* es una cuestión controvertida. Lamentablemente, tratar de aclarar esta cuestión excede de nuestros cometidos y alargaría en exceso la presente investigación. Por fortuna, esta tarea no es necesaria para alcanzar los objetivos marcados. Basta señalar aquellos extremos sobre los que no hay disputa para poder concluir que no toda restricción de la competencia está prohibida, y que en la decisión sobre si lo está o no juega un papel preponderante la capacidad de la restricción para afectar de forma sensible a la competencia<sup>53</sup>.

En este sentido, pueden traerse a colación observaciones realizadas por la Corte Suprema norteamericana acerca del poder de mercado en casos de aplicación de la

capaces de afectar negativamente a la competencia” (GRIFFITHS, M., “A glorification of *de minimis*: The regulation on vertical agreements”, *ECLR*, Vol. 21, núm. 5, 2000, pp. 241-247).

<sup>49</sup> EASTERBROOK, F.H., “The limits of antitrust”, *Texas Law Review*, núm. 63, 1984, p. 20. En concreto, el autor afirma que los operadores económicos sin poder de mercado no pueden dañar a la competencia aunque lo intenten con determinación. Traducción propia del texto original en inglés (“*Finns that lack power cannot injure competition no matter how hard they try*”). En líneas similares GRIFFITHS, M., “A glorification of *de minimis*...”, cit., pp. 241-247 mantiene que sin poder de mercado los acuerdos entre empresas no pueden impedir, restringir o falsear la competencia”.

<sup>50</sup> PATTERSON, M.R., “Market power requirement in antitrust rule of reason cases. A rhetorical history”, *San Diego Law Review*, núm. 37, 2000, *passim* y FASQUELLE, D., *Droit américain...*, cit., p. 114.

<sup>51</sup> Nos referimos a Posner y Easterbrook. Esta afirmación se sostiene en el hecho de que el primer comentario que aboga por el uso del poder de mercado en la Sección 1ª de la *Sherman Act* en los casos de *rule of reason* se encuentra en la monografía de POSNER sobre restricciones verticales y en dos de sus artículos posteriores. En uno de ellos se citan hasta 7 precedentes que dudosamente se pueden considerar válidos y que el propio POSNER no cita en su sentencia *Valley Liquors Inc v. Renfield Importers, Ltd*, 678 F.2d 742 (7th Cir. 1982) y 822 F.2d 656 (7th Cir. 1987). En este pronunciamiento el profesor de la Universidad de Chicago afirma que la exigencia al demandante de la prueba de poder de mercado del demandado es un “atajo popular”. Sin embargo, para ello cita dos casos que tampoco demuestran con claridad dicha aspiración. Pese a ello, la citada sentencia ha servido para que diferentes *Circuits* soliciten ese prerrequisito.

<sup>52</sup> PATTERSON, M.R., “Market power...”, cit., pp. 8 y ss. En particular, el autor reconoce que existen *Circuits* que han adoptado y mantenido el requisito del poder de mercado. Sin embargo, también señala que otros han adoptado este criterio y posteriormente lo han abandonado e incluso que algunos de estos tribunales nunca lo han puesto en práctica.

<sup>53</sup> FASQUELLE, D., *Droit américain...*, cit., p. 114.

Sección 1ª de la *Sherman Act* que muestran gran paralelismo con los acuerdos de menor importancia:

1ª) En primer lugar, en el caso *Board Trade Of Chicago v. United States* se establecieron una serie de factores que se deben considerar a la hora de aplicar la *rule of reason*<sup>54</sup>. Entre ellos se encuentran varios relacionados con el poder de mercado, como la cuota de mercado, la competitividad del resto de la oferta, el probable desarrollo de la industria, la fuerza de los consumidores u otras características especiales del mercado en cuestión. En suma, en la resolución de este asunto *se propugna un análisis del contexto económico* de la práctica presuntamente restrictiva de la competencia.

2ª) En segundo lugar, se sugiere que en la medida en que un Tribunal considere que el poder de mercado tiene un papel relevante para la Sección 1ª, su estudio debe adaptarse a cada tipo particular de restricción y no emplearse como una especie de barrera indiscriminada en todos los casos<sup>55</sup>. Lógicamente, esta apreciación evoca la diferente aplicación de la doctrina *de minimis* a los acuerdos verticales y horizontales. Pero, sobre todo, recuerda a las restricciones por el objeto y por sus efectos. Junto a lo anterior, también se afirma que la capacidad de un acuerdo para restringir la competencia no es una cuestión meramente de umbral o de cálculo de la cuota de mercado<sup>56</sup>. Y no parece difícil encontrar una cierta conexión entre esta afirmación y uno de los asuntos controvertidos que se anudan a los acuerdos de menor importancia, como es el relativo a los criterios para su determinación [*infra*, III].

3ª) En tercer lugar, sorprende comprobar cómo la Corte Suprema de EEUU ha asegurado que no es necesario probar la existencia de poder de mercado cuando ha sido demostrado el resultado anticompetitivo, como es el caso de una reducción de la producción<sup>57</sup>. Esto es debido a que el propósito de las investigaciones relativas a la definición del mercado y el poder de mercado consiste en determinar si un acuerdo tiene potencial para producir efectos negativos sobre la competencia, por lo que se puede obviar dicha investigación cuando el daño en la competencia es palpable y evidente. Inevitablemente, esta idea conecta con ciertos pronunciamientos del TJUE, especialmente con los asuntos *Consten* y *Expedia*<sup>58</sup>. No en vano, según se infiere de

---

<sup>54</sup> *Board Trade Of Chicago v. United States*, 246 US 231 (1918).

<sup>55</sup> PATTERSON, M.R., “Market power...”, cit., p. 7.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 9-10 y pp. 44-45. Y BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado...”, cit., p. 496 señala a su vez que la valoración de la cuota de mercado no es “una mera operación aritmética”, sino que deberán tenerse en cuenta otras condiciones del mercado de referencia, concretamente, su dinámica y el grado de diferenciación de los productos o la propia estructura de la empresa.

<sup>57</sup> *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

<sup>58</sup> STJUE de 13 de julio de 1966, *Consten and Grundig* (asunto C-58-64/66) y STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia Inc* (asunto C-226/11).

esta jurisprudencia, no es necesario un análisis de los efectos ni del carácter apreciable de la conducta cuando su objeto contrario a la competencia ha sido probado.

Por último, huelga decir que al margen del concepto de poder de mercado, con el asunto *United States v. American Tobacco* de 1911 pronto quedó claro que “las palabras restricción del comercio en el *Common Law* y en el Derecho norteamericano solo abarcan contratos o acuerdos que perjudican los intereses públicos restringiendo indebidamente la competencia u obstruyendo indebidamente el comercio, ya sea por su naturaleza, su efecto inherente o por la evidente finalidad de los actos”<sup>59</sup>.

En otros términos, afirma este mismo Tribunal que la intención de la normativa *antitrust* no consiste en “perturbar los negocios legítimos, sino más bien establecer una prohibición legal con sanciones sobre aquellos contratos que restringen directamente el comercio, son irrazonables y contrarios al orden público”<sup>60</sup>. Esto puede relacionarse con facilidad con el caso *Völk*, al que más adelante nos referiremos, en el que se sentó la idea (de gran relevancia para nuestro trabajo) de que no se encuentran dentro de la prohibición de las conductas colusorias aquellos acuerdos que por su escasa importancia no puedan afectar de forma apreciable a la competencia<sup>61</sup>.

En resumen, la idea más relevante a subrayar de lo expuesto hasta ahora (por su utilidad para los fines de nuestra investigación) estriba en constatar que en los EEUU, al igual que en la UE, se tiene en cuenta la capacidad de causar un perjuicio o peligro real a la competencia para determinar el alcance del examen al que se somete una práctica potencialmente ilícita<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> *United States v. American Tobacco*, 221 US 106 (1911). Traducción propia del texto original en inglés (“the words “restraint of trade” at common law and in the law of this country at the time of the adoption of the Anti-trust Act only embraced acts or contracts or agreements or combinations which operated to the prejudice of the public interests by unduly restricting competition or unduly obstructing the due course of trade or which, either because of their inherent nature or effect or because of the evident purpose of the acts, etc”).

<sup>60</sup> *Ibidem*. Traducción propia del texto original en inglés (“The intent of Congress was not to unsettle legitimate business enterprises, but rather to place a statutory prohibition, with prescribed penalties and remedies, upon those contracts which were in direct restraint of trade, unreasonable, and against public policy”).

<sup>61</sup> STJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69).

<sup>62</sup> No obstante, no deja de ser verdad que en la regla de la razón no se aborda como tal la cuestión del efecto sensible, ya que la regla *de minimis* no es un requisito con entidad propia en la sección 1ª de la *Sherman Act*. Vid. BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución comercial, restricciones verticales de la competencia y regla de la razón: delimitación conceptual y tratamiento en el Derecho comunitario Europeo*. Tesis doctoral dirigida por LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1999, p. 658. Disponible en <https://zaguan.unizar.es/record/1922> (Consultado por última vez el 15 de julio de 2021). Por otro lado, FASQUELLE, D., *Droit américain...*, cit., pp. 113-114 observa un paralelismo entre la regla de la razón y los acuerdos de menor importancia, pero la conexión la encuentra en que en ambas jurisdicciones la motivación de la exigencia de cierto poder de mercado es la misma: evitar el despilfarro de recursos escasos de las autoridades. Para SIRAGUSA, M., “The millennium approaches: Rethinking article 85 and the problems and challenges in the design and enforcement of the EC Competition rules”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 21, núm. 3, 1998, p. 664, de hecho, la *rule of reason* y la doctrina *de minimis* vendrían a ser prácticamente lo mismo.



Se explica así la afirmación de que las firmas sin poder de mercado no pueden perjudicar a la competencia aunque quieran. Y que mediante la comisión de prácticas anticompetitivas de poca envergadura, los operadores económicos podrán dañar a unos pocos consumidores, a sus rivales o incluso a ellos mismos, pero no a la competencia entendida como presupuesto del sistema económico de mercado<sup>63</sup>.

Por este motivo, ha de concluirse que en los EEUU la restricción de la competencia ha de afectar al interés público, dañando de forma significativa al sistema concurrencial constitucionalmente protegido. Y de esto a su vez se infiere, a modo de presupuesto, que no toda restricción de la competencia está prohibida, al acogerse una noción razonable de los términos restricción concurrencial.

### 1.2. La doctrina de las restricciones accesorias en la Unión Europea

Tanto la jurisprudencia del TJUE como la doctrina científica coinciden en afirmar que la regla de la razón prevista en el Derecho estadounidense no ha sido incorporada al Derecho de la UE<sup>64</sup>. Sin embargo, sí ha penetrado en el espacio económico europeo la doctrina de las restricciones accesorias. De hecho, no faltan pronunciamientos del TJUE e instrumentos de la CE donde es abiertamente reconocida. Al igual que ha sucedido en los EEUU, puede decirse que la adopción de esta doctrina por las instancias comunitarias ha conducido a una interpretación razonable del concepto de restricción de la competencia *ex art. 101.1 TFUE*.

En lo que respecta a la jurisprudencia, la primera sentencia del TJUE que trata esta cuestión y que merece ser destacada es la que resuelve el caso *Remia*<sup>65</sup>. En esta resolución, el órgano jurisdiccional se enfrenta a dos cláusulas de no competencia insertas en un contrato de transmisión de empresa, una relativa al mercado de las salsas y otra al de encurtidos. Si bien el alto Tribunal no alude expresamente a la doctrina de las *ancillary restraints* al abordar este asunto, es claro que está pensando en ella a la hora de brindar una solución a la cuestión litigiosa. En concreto, sostiene que “para apreciar si las referidas cláusulas incurren en la prohibición (...) procede examinar cómo se desenvolvería el juego de la competencia a falta de ellas”<sup>66</sup>.

Según esta doctrina, si una cláusula se extralimita de la finalidad inherente al negocio jurídico en el que se inserta, habrá de quedar inmersa en la prohibición del art.

<sup>63</sup> EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, cit., p. 159.

<sup>64</sup> Vid. entre otros: SSTPI de 18 de septiembre de 2001, *Métropole Télévision (M6)* (asunto T-112/99), apdo. 72º; de 23 de octubre de 2002, *Van den Bergh Foods* (asunto T-65/98), apdos. 106º y 107º y de 2 de mayo de 2006, *O2 GmbH* (asunto T-328/2003), apdo. 69º. También la STJUE de 8 de julio de 1999, *Montecatini*, (asunto C-235/92), apdo. 133º. Por la doctrina BROWN, H y HIRSCH, G., *Cartel law of...*, cit., p. 15.

<sup>65</sup> STJUE de 11 de julio de 1985, *Remia BV* (asunto C-42/84).

<sup>66</sup> *Ibidem*, apdo. 18º.

101.1 TFUE. Pero, al mismo tiempo, el Derecho *antitrust* desactiva sus mecanismos represivos si la cláusula no comporta dicha extralimitación, lo que supone tolerar dicho pacto por tratarse de una limitación concurrencial razonable<sup>67</sup>. Es claro que en esta segunda situación, pese a no aplicarse el Derecho *antitrust*, existe una limitación formal de la libertad de competencia entre dos sujetos<sup>68</sup>.

Por otro lado, en el pronunciamiento judicial del caso *Remia* se advierte que “para obtener este efecto beneficioso sobre la competencia, se requiere asimismo que dichas cláusulas sean necesarias para la transmisión de la empresa cedida y que su duración y ámbito de aplicación se limiten de manera estricta a este objetivo”<sup>69</sup>. Con ello, el TJUE señala ciertas exigencias que la cláusula ha de cumplir para no estar prohibida por el Derecho *antitrust*. Éstas son, básicamente, la necesidad y la proporcionalidad. Bien es cierto, empero, que no son requisitos fáciles de analizar. Por un lado, porque el intérprete adoptará una visión u otra dependiendo de si tiene una concepción más o menos favorable a la intervención pública en el mercado<sup>70</sup>. Por otro, porque difícilmente las autoridades de la competencia disponen de información para saber qué cláusulas contractuales consiguen el efecto perseguido por el contrato con la menor restricción posible de la libertad de actuación de las partes<sup>71</sup>.

En todo caso, al margen de la controversia que suscitan las exigencias que ha de cumplir la cláusula para reputarse accesorias, en las cuales no podemos detenernos sin extendernos de una forma que no sería razonable, lo cierto es que en la década de los noventa la aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias se consolida en la UE. En concreto, constituyen casos de referencia en la materia *Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs* y *Métropole Télévision*<sup>72</sup>.

1º) En *Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs* el órgano jurisdiccional de remisión plantea la cuestión de si la prohibición del art. 101.1 TFUE se aplica a una disposición estatutaria de una cooperativa de compras que impide a sus socios integrarse en otras

<sup>67</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La rule of reason...”, cit., p. 2322.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 2322.

<sup>69</sup> STJUE de 11 de julio de 1985, *Remia BV* (asunto C-42/84), apdo. 20º.

<sup>70</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “En el derecho *antitrust*...”, cit., p. 25 explica que la necesidad puede entenderse como una *conditio sine qua non* o de una forma más flexible, esto es, que es necesaria cuando es útil o conveniente para alcanzar el fin perseguido. En todo caso, aboga por una solución equitativa entre la libertad contractual y la libertad de competencia que, sin duda, compartimos.

<sup>71</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos...”, cit., p. 14 mantiene que a través de la exigencia del atributo de la necesidad se oculta en algunos casos que la verdadera motivación de la decisión en virtud de la cual se permite el acuerdo es la escasa cuota de mercado. Además, reprocha que la necesidad no es un requisito que discipline la actuación de las autoridades de la competencia o que sirva de guía a los particulares. De hecho, enfatiza que casi siempre es posible pensar una cláusula que consiga el mismo resultado con una menor restricción de la libertad de actuación de las partes.

<sup>72</sup> STJUE de 15 de diciembre de 1994, *Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs* (asunto C-250/92) y STPI de 18 de septiembre de 2001, *Métropole Télévision* (asunto T-112/99).

formas de cooperación organizada que sean sus competidoras directas. Al respecto, y tras tener en cuenta que una situación de doble asociación pone en peligro el buen funcionamiento de la cooperativa y su poder de contratación frente a los productores, el TJUE afirma que “una prohibición de doble asociación no constituye necesariamente una restricción de la competencia (...) e incluso puede producir efectos positivos. No obstante, para evitar la prohibición las restricciones (...) deben limitarse a lo necesario para garantizar el buen funcionamiento de la cooperativa y mantener su poder de contratación frente a los productores”<sup>73</sup>. Como en el supuesto analizado no parece que las restricciones estatutarias impuestas vayan más allá de lo necesario para garantizar ese fin legítimo, termina considerándose que el apdo 1º del art. 101 TFUE no es de aplicación. Con ello, se observa nuevamente cómo una restricción de la competencia formal escapa de la prohibición merced a una interpretación razonable de la noción de restricción concurrencial.

2º) Por su parte, en *Métropole Télévision* se sostiene que una interpretación del art. 101.1 TFUE conforme a la *rule of reason* resulta difícilmente conciliable con la estructura normativa de dicho precepto. No en vano, solo en el marco del art. 101.3 TFUE se puede proceder a una ponderación de los aspectos positivos y negativos de una restricción de la competencia<sup>74</sup>. Sin embargo, también se reconoce que en una serie de sentencias el TJUE aboga por una lectura flexible del art. 101.1 TFUE que si bien no consagran la existencia de una regla de la razón en Derecho comunitario, desechan una concepción formalista de la noción de restricción concurrencial. En concreto, el TJUE afirma expresamente que *no hace falta admitir que cualquier acuerdo que restrinja la libertad de actuación de una o más partes cae necesariamente bajo el art 101.1 TFUE*<sup>75</sup>. Y acto seguido asegura que el concepto de restricción accesoria “cubre toda restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal y necesaria a tal efecto”<sup>76</sup>.

Además, hemos de resaltar que la doctrina de las restricciones accesorias es una constante en la jurisprudencia del TJUE. Así lo demuestra que su aplicación no se remonte solo a casos antiguos, sino que se recurre también a ella en otros relativamente recientes. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia del asunto *MasterCard*, en la cual el TGUE reitera el concepto de restricción accesoria, así como

<sup>73</sup> STJUE de 15 de diciembre de 1994, *Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs* (asunto C-250/92), apdo. 34º y 35º.

<sup>74</sup> STPI de 18 de septiembre de 2001, *Métropole Télévision* (asunto T-112/99), apdo. 74º.

<sup>75</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos...”, cit., p. 16. En particular, en *Métropole Télévision* se mantiene que “no se debe considerar, de manera completamente abstracta e indistinta, que todo acuerdo que restrinja la libertad de acción de las partes o de una de ellas se ve afectado necesariamente por la prohibición. Para examinar la aplicabilidad de dicha disposición a un acuerdo, se debe tener en cuenta el marco concreto en el que produce sus efectos y, en particular, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los productos y/o servicios contemplados en dicho acuerdo y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado” (apdo. 76º).

<sup>76</sup> STPI de 18 de septiembre de 2001, *Métropole Télévision (M6) v. Commission* (asunto T-112/99), apdo. 104º.

los requisitos que han de concurrir para que una cláusula merezca dicha consideración, en el sentido en que ambas cuestiones fueron expuestas en el asunto *Métropole Télévision*<sup>77</sup>.

Sobre el carácter objetivamente necesario de una restricción se limita a afirmar que “sólo puede ser relativamente abstracto”, de modo que “no consiste en analizar si, en vista de la situación de competencia en el mercado correspondiente, la restricción es imprescindible para el éxito comercial de la operación principal, sino más bien en determinar si, en el contexto particular de la operación principal, la restricción es necesaria para la realización de dicha operación. Si la operación principal resulta difícil de realizar o incluso irrealizable sin la restricción, ésta puede considerarse objetivamente necesaria para su realización”<sup>78</sup>. En lo que respecta a la proporcionalidad, sostiene que se trata de averiguar “si su duración y su ámbito de aplicación material y geográfico no exceden de lo que sea necesario para la realización de dicha operación, pues de ser así aquélla debe ser analizada por separado”<sup>79</sup>.

La CE, por su parte, también se ha mostrado conforme con la adopción de la doctrina de las restricciones accesorias. No obstante, es cierto que en alguna ocasión ha incluido ciertas restricciones accesorias en sus REC. No es difícil advertir que este proceder, aunque conduce a un resultado parecido al que se obtiene a través de una interpretación flexible del art. 101.1 TFUE, supone una mutación del método tal y como se entiende y aplica en Norteamérica<sup>80</sup>. Y es que actuando de este modo, el acuerdo calificable como restricción accesoria deja de ser una conducta permitida *ex ante* para constituir una prohibición exenta *ex post* (ex art. 101.3 TFUE), lo que no parece acertado<sup>81</sup>.

Ahora bien, al margen de esa cuestión, lo cierto es que la CE ha desarrollado el concepto de restricción accesoria en la Comunicación sobre restricciones accesorias en términos prácticamente idénticos a los apuntados por la jurisprudencia del TJUE<sup>82</sup>. En particular, estima que en una restricción está presente la nota de la accesoriedad cuando concurren en ella acumulativamente dos presupuestos:

<sup>77</sup> STPI de 24 de mayo de 2012, *MasterCard Inc v. Commission* (asunto T-111/08), apdos. 77º-82º.

<sup>78</sup> *Ibidem*, apdo. 80º.

<sup>79</sup> *Ibidem*, apdo. 81º.

<sup>80</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, cit., p. 15.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>82</sup> Comunicación de la CE sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (BOUE C-56, de 5 de marzo de 2005). Al respecto, cabe señalar que pese a no ser vinculante e ir referida únicamente a las restricciones accesorias incluidas en operaciones de concentración, ésta brinda al intérprete los elementos que permiten determinar si estamos ante una restricción accesoria. A ello alude directamente la CE en la Introducción de la Comunicación en los siguientes términos: “para mayor seguridad jurídica de las empresas afectadas, la presente Comunicación explica cómo debe interpretarse el concepto de restricción accesoria. Las explicaciones que se ofrecen en las secciones siguientes reflejan la esencia de la práctica de la CE y sientan los principios que hay que seguir para evaluar en qué medida los tipos más comunes de acuerdos constituyen una restricción accesoria”.

1º) La existencia de una relación directa de subordinación entre la restricción y la operación principal, de modo que, aunque la una sea separable de la otra por tener un contenido diferente y ser susceptible de constituir en sí misma el objeto único de un acuerdo anticompetitivo, su fin último consista en posibilitar la realización de la operación principal.

2º) La necesidad de la restricción para la celebración de la operación principal, lo que sucederá cuando, en caso de no haber restricción, la operación principal no podría realizarse o, pese a poder hacerlo, lo haría en condiciones más inciertas, con un coste sensiblemente mayor, durante un periodo de tiempo más largo o con bastante dificultad.

Asimismo, la CE enfatiza en la Comunicación la naturaleza objetiva de estos dos requisitos, matizando que “las restricciones no están directamente vinculadas y no son necesarias a tal fin por el mero hecho de que las partes así lo consideren”. La lógica de esta última apreciación es evidente, como se infiere del principio según el cual “las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son”<sup>83</sup>.

Por otro lado, la CE también demanda que la restricción sea proporcionada, lo que se desprende del mismo carácter necesario de la restricción. Con ello se vendría a exigir la limitación de su alcance, puesto que debe ser lo menos restrictiva de la competencia que sea posible para conseguir la correcta realización de la operación principal<sup>84</sup>.

Cierto es, sin embargo, que la CE guarda silencio acerca de si la restricción ha de ser procompetitiva, a diferencia de lo que sucede en los EEUU, donde el carácter procompetitivo de la cláusula es otro requisito más a tener en cuenta en la aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias. Hemos de reconocer, no obstante, que dicha omisión es coherente con la separación que en la UE se ha hecho de la regla de la razón y la doctrina de las restricciones accesorias<sup>85</sup>.

En esta dirección, huelga decir que la incorporación de la doctrina de las restricciones accesorias al acervo comunitario no obedece en absoluto a un intento de acercamiento de nuestro ordenamiento al norteamericano. Antes bien, se explica en exigencias propias del sistema económico que impera en el TFUE y del Derecho patrimonial de los EEMM de la UE<sup>86</sup>. De hecho, tras esta doctrina se alberga la idea

---

<sup>83</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 67.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>85</sup> STPI de 18 de septiembre de 2001, *Métropole Télévision* (asunto T-112/99), apdo. 74º.

<sup>86</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, cit., pp. 29-30.

esencial de que la libertad de competencia no es un valor absoluto, sino relativo, claudicante frente al valor superior de la eficiencia empresarial<sup>87</sup>.

Esto no ha de parecer extraño, toda vez que dicha idea forma parte del modelo de competencia acogido por la generalidad de los sistemas protectores de la competencia en Europa: el de una competencia efectiva, funcional o suficiente. De ahí que las restricciones accesorias estén vigentes también en la UE, aunque con una eficacia protectora de la libertad contractual ciertamente inferior a la disfrutada en los EEUU<sup>88</sup>. Esto es debido, principalmente, al objetivo de la integración de mercados, que obliga a las autoridades de la competencia, en última instancia, a deformar el contenido del art. 101.1 TFUE<sup>89</sup>.

Al margen de esto último, cabe concluir que pese a no adoptarse la *rule of reason* en sede comunitaria, la doctrina de las restricciones accesorias reduce el ámbito de aplicación formal de la prohibición del art. 101.1 TFUE, como también lo hizo originariamente en los EEUU con la Sección 1ª de la *Sherman Act*<sup>90</sup>. Es más, mantenemos que esta doctrina no es la única que conduce a una interpretación flexible de la noción de restricción de la competencia *ex art. 101.1 TFUE*<sup>91</sup>. Por el contrario, a resultados similares puede llegarse a través de otros criterios interpretativos y, especialmente, a través de la doctrina *de minimis*<sup>92</sup>.

### 1.3. La noción razonable de restricción de la competencia *ex art. 101 TFUE*

Como se ha señalado, a diferencia de lo ocurrido en los EEUU con la *rule of reason*, en la UE hay cierta incertidumbre en torno al método de análisis que se debe emplear para determinar cuándo estamos ante una verdadera restricción de la competencia prohibida por el art. 101.1 TFUE<sup>93</sup>.

En particular, en el ámbito comunitario europeo surgen dudas acerca de si toda restricción formal de la competencia ha de considerarse prohibida para luego quedar exceptuada a posteriori por el art. 101.3 TFUE o si, por el contrario, es posible que

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 29-30.

<sup>88</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos...”, cit., p. 21.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 21 y ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales...*, cit., pp. 22-23.

<sup>90</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “En el derecho *antitrust*...”, cit., p. 25.

<sup>91</sup> De hecho, BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 658 encuentra en la doctrina *de minimis* la misma finalidad que en la *rule of reason* (reducir el supuesto de hecho) y la misma consecuencia (negar la aplicabilidad de la prohibición de conductas colusorias). Incluso es posible encontrar un autor, como SIRAGUSA, M., “The millennium approaches...”, cit., p. 664 para quien la teoría de la apreciabilidad no es más que la *rule of reason* incorporada al Derecho comunitario.

<sup>92</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “En el derecho *antitrust*...”, cit., p. 17. De hecho, para BERGQVIST, C., “What does an appreciable negative effect on competition mean?”, *ECLR*, Vol. 42, núm. 9, 2021, pp. 501-504, en realidad, la doctrina de las restricciones accesorias no es más que parte del amplio contenido de la teoría de la apreciabilidad.

<sup>93</sup> VELASCO SAN PEDRO, L., “Restricción de...”, cit., pp. 628-629.

haya restricciones de la competencia formales que queden al margen de la prohibición *ex art. 101.1 TFUE*. Lo primero encontraría apoyo en la propia estructura del precepto y en la jurisprudencia temprana del TJUE, mientras que lo segundo contaría con un sólido respaldo jurisprudencial y doctrinal<sup>94</sup>.

A continuación, se exponen cinco motivos por los que no dudamos en afirmar que, finalmente, en la UE se ha impuesto una noción antiformalista de los términos restricción de la competencia del art. 101.1 TFUE:

*Primero. La historia aboga por conceder relevancia en el enjuiciamiento antitrust (ex art. 101.1 TFUE) al contexto jurídico y económico.* Efectivamente, desde una perspectiva histórica, se observa con cierta claridad el predominio de una concepción flexible del concepto de restricción de la competencia<sup>95</sup>.

Es verdad, como hemos visto más arriba, que en 1966 se desecha la interpretación literal estricta del art. 101.1 TFUE en *Société Technique Minière*, a la par que en *Consten* se asegura que la conducta analizada era una restricción de la competencia por su propia naturaleza, por lo que no había necesidad de estudiar los efectos de ella derivados, debiéndose contemplar cualquier efecto favorable desde la óptica del art. 101.3 TFUE<sup>96</sup>. Sin embargo, no menos verdad es que más tarde el TJUE admite que algunas restricciones formales escapan del art. 101.1 TFUE, lo que confronta con la visión amplia mantenida al respecto por la CE.

En efecto, la CE ha sostenido tradicionalmente una concepción formalista de lo que es una restricción de la competencia en el sentido del art. 101 TFUE<sup>97</sup>. Esto, unido al hecho de que hasta que se promulgó el Reglamento 1/2003 tuvo el monopolio para exceptuar un acuerdo por la vía del apdo 3º del art. 101 TFUE, otorgaba a esta institución el poder de decidir cuándo existe una restricción de la competencia prohibida. De hecho, así se desprende, sin ir más lejos, de la existencia de los REC<sup>98</sup>. No en vano, estos instrumentos normativos presuponen una interpretación literal del art. 101.1 TFUE que requiere, por consiguiente, de muchas excepciones.

<sup>94</sup> ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los intereses protegidos...”, cit., p. 840.

<sup>95</sup> BELLAMY, C., “Restriction of competition...”, cit., pp. 35 y ss.

<sup>96</sup> SSTJUE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière* (asunto C-56-65/66) y de 13 de julio de 1966, *Consten and Grundig v. Commission* (asunto C-58-64/66).

<sup>97</sup> BELLAMY, C., “Restriction of competition...”, cit., p. 35.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 35. Para el autor esto se evidencia en el caso *AIOP/Beyrand*, en el cual la CE decidió que la obligación de pagar unos royalties mínimos era una restricción de la competencia del art 101.1 TFUE. Sin embargo, este argumento se retoma en el asunto *Genentech v. Sanofi* y es rechazado por el TJUE por no tener nada que ver con la noción de restricción de la competencia. *Vid.* STJUE de 7 de julio de 2016, *Genentech v. Sanofi* (asunto C-567/14).

Por el contrario, el TJUE se mostró claramente en desacuerdo con la referida posición de la CE en *European Night Services*<sup>99</sup>. En este asunto, la CE entendió que una *joint venture* creada por una serie de empresas que introducía un nuevo servicio hasta entonces inexistente, paradójicamente, restringía la competencia, omitiendo en su decisión el análisis del contexto económico del acuerdo<sup>100</sup>. Y es que, según la CE, aunque éste debe ser tenido en cuenta, ello no significa que haya de recurrirse a la *rule of reason*, en la dirección que habían solicitado los demandantes. Además, asegura la CE que la ponderación de las ventajas e inconvenientes para la competencia resulta necesaria para conceder exenciones al amparo del apdo 3º del art. 101 TFUE, pero no para valorar el concepto de restricción de la competencia del apdo 1º del referido precepto<sup>101</sup>.

El TJUE, sin embargo, no se dejó convencer por los argumentos de la CE, al considerar (desde nuestro punto de vista, acertadamente) que en este caso no existía una restricción de la competencia en el sentido del art. 101.1 TFUE, lo que tuvo un efecto muy liberador y contribuyó a que la CE asumiera una noción de restricción de la competencia menos estricta que la que venía manteniendo hasta ese momento<sup>102</sup>.

Así las cosas, merced a la aprobación y entrada en vigor del Reglamento 1/2003, que acabó con el sistema de notificación y el monopolio de la CE en la concesión de exenciones por la vía del art. 101.3 TFUE, se impuso una aproximación *más realista* de la noción de restricción de la competencia del art. 101.1 TFUE<sup>103</sup>.

Desde entonces, en efecto, es innegable que impera un análisis económico más sofisticado, según el cual no toda restricción formal de la competencia tiene cabida en el art. 101.1 TFUE<sup>104</sup>. De hecho, este planteamiento ha sido reforzado por los pronunciamientos más recientes acerca de la distinción entre restricciones de la competencia por su objeto y por sus efectos. No en vano, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, el análisis del contexto jurídico y económico ha demostrado ser capital a la hora de discernir si nos encontramos o no ante una verdadera restricción concurrencial<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asunto T-374-375/99).

<sup>100</sup> *Ibidem*, apdo. 131º.

<sup>101</sup> *Ibidem*, apdo. 134º.

<sup>102</sup> BELLAMY, C., “Restriction of competition...”, cit., p. 36.

<sup>103</sup> Sobre este Reglamento, por todos OLMEDO PERALTA, E., “La discrecionalidad de la Comisión Europea y las ANC en la tramitación de expedientes de defensa de la competencia: incoación, negociación de compromisos y control de sus decisiones”, en AA.VV (dirs. TATO PLAZA, A; COSTAS COMESAÑA, J; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P y TORRES PÉREZ, F), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Granada, Comares, 2019, pp. 108-109.

<sup>104</sup> ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los intereses protegidos...”, cit., p. 827 reconoce que el supuesto de hecho no resulta completamente determinado.

<sup>105</sup> *Infra*, IV, 3.



*Segundo. La relación entre los apdos 1º y 3º del art. 101 TFUE.* Más allá del argumento histórico, parece indubitado que deben existir ciertos acuerdos formalmente anticompetitivos que queden fuera de la prohibición general, pues de lo contrario el sistema del Derecho comunitario de la competencia caería en la irracionalidad de prohibir masivamente para después tener que exceptuar también de esa misma forma<sup>106</sup>.

En consecuencia, cabría diferenciar hasta cuatro categorías de acuerdos distintos en el art. 101 TFUE; a saber<sup>107</sup>: 1º) los que no restringen la competencia en ningún sentido, ni formal ni material. 2º) los que merecen considerarse restrictivos de la competencia formalmente, pero no materialmente. 3º) los que, aunque son restrictivos de la competencia, se benefician de una exención de la prohibición merced al art. 101.3 TFUE; y, finalmente, 4º) los prohibidos y sancionados por el art. 101.1 TFUE por restringir la competencia y no disfrutar de una exención *ex art.* 101.3 TFUE.

Cierto que la diferencia entre la primera y la segunda categoría de acuerdos referidas es más anecdótica que legalmente trascendente, pues, en puridad, en ambos casos no existe una restricción de la competencia en el sentido del art. 101.1 TFUE.

Además, ha de destacarse la importancia de reservar el apdo 3ª del art. 101 TFUE a aquellos acuerdos que verdaderamente restringen la competencia pero que potencialmente pueden quedar exceptuados si cumplen los exigentes presupuestos para ello<sup>108</sup>. Esto supone aceptar que para aplicar el apdo 3º se ha de constatar *previamente* la existencia de una restricción concurrencial prohibida por el art. 101.1 TFUE.

Sin embargo, no existe confusión posible entre la segunda y la tercera categoría de acuerdos aludidas, al ir referidas una y otra a análisis diferentes<sup>109</sup>. La primera trata de comprobar si la conducta encaja dentro de una noción de restricción de la competencia razonable. La segunda categoría, en cambio, que requiere a su vez de una respuesta afirmativa al examen anterior, consiste en averiguar si la conducta cumple todos los presupuestos para quedar exceptuada por el art. 101.3 TFUE o bien, en su caso, si está amparada por algún REC.

<sup>106</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos...”, cit., p.26 e IDEM., “Los acuerdos: ¿autorización individual o exención legal?”, en AA. VV (dirs. MARTÍNEZ LAGE, S y PETITBÒ JUAN, A), *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 261.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 24-25.

<sup>109</sup> DIEBOLD, N y SCHÄKE, C., “De minimis Exceptions for Hard-Core Restrictions in Swiss Competition Law Latest Developments in Light of the Elmex-Decision”, en AA. VV (eds. MATHIS, K y TOR, A), *New Developments in Competition Law and Economics*, Switzerland, Springer, 2019, pp. 119-120. Sobre el apdo 3º del art. 101 TFUE, por todos: TOBÍO RIVAS, A.M., *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el derecho comunitario*, Barcelona, J.M. Bosch editor, S.A, 1994.

*Tercero. La restricción concurrencial (ex art. 101.1 TFUE) nunca se presume iure et de iure.* Efectivamente, ninguna conducta por sí sola y sin más consideración que su tipología puede ser reputada una restricción de la competencia prohibida por el art. 101.1 TFUE.

Lo anterior implica que ni siquiera los acuerdos enumerados en el propio precepto se pueden considerar restricciones proscritas *per se*<sup>110</sup>. Antes bien, deben reunir todos los requisitos que exige dicha prohibición, ya sean estos legales o jurisprudenciales.

La explicación que al respecto ha dado la doctrina es extraordinariamente simple: si en el Derecho comunitario no hay *rule of reason*, tampoco puede haber *per se rule*<sup>111</sup>. Esto nos conduce a aceptar una noción flexible del concepto de restricción de la competencia que sea capaz de explicar aquellos supuestos excepcionales en los que restricciones aparentemente obvias, quedan extramuros de la prohibición del art. 101.1 TFUE sin tener que recurrir para ello al análisis del art. 101.3 TFUE<sup>112</sup>.

La conclusión precedente ha sido corroborada por la práctica del TJUE, el cual ha sostenido de forma sistemática que no se puede afirmar la existencia de una restricción concurrencial simplemente observando el tipo de práctica enjuiciada. De ahí que existan acuerdos que formalmente parecen una restricción obvia de la competencia pero que, sin embargo, quedan fuera del alcance de la prohibición debido a las peculiaridades del caso concreto objeto de examen<sup>113</sup>.

Esta misma idea se observa también en un documento de la CE. Nos referimos, en concreto, a las Directrices sobre restricciones de la competencia por objeto<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, p. 169.

<sup>111</sup> BROWN, H y HIRSCH, G., *Cartel law of...*, cit., p. 15. No obstante, para ALLAN, B., “Loyalty and fidelity rebates: a sense of deja vu again”, *Competition Law and Policy debate*, Vol. 1, núm. 1, 2015, p. 53 esto es tan solo una verdad teórica. Para él, en realidad, sí que existe una *per se condemnation rule* en la UE si atendemos a la práctica.

<sup>112</sup> SSTJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69); de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (asunto C-67/13); de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija* (asunto C-345/14) y de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (asunto C-228/18). Esta última comentada recientemente por PAZZI, M., “Budapest Bank: Can a conduct be a restriction by object and by effect?”, *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 4, núm. 3, 2020, pp. 231-235; BARDUSCO, T y JUVIGNY, O., “Budapest Bank: New light shed on the notion of restriction of competition by object”, *JECL&P*, Vol. 11, núm. 3-4, 2020, pp. 163-165 y MASSARANO, N., “The unclear effects of the Budapest Bank experience”, *ECLR*, Vol. 42, núm. 2, 2021, pp. 65-68.

<sup>113</sup> A modo de ejemplo, entre otras: SSTJUE de 13 de julio de 1989, *Ministère Public v. Jean-Louis Tournier* (asunto C-395/87); de 22 de junio de 1994, *IHT Internationale Heiztechnik and Uwe Danzinger v. Ideal Standard and Wabco Standard* (asunto C-9/93); de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (asunto C-67/13); de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija* (asunto C-345/14) y de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (asunto C-228/18).

<sup>114</sup> *Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, SWD (2014) 198 final.

Efectivamente, en este documento la CE identifica una serie de restricciones formales que generalmente son contrarias al art. 101.1 TFUE por su propia naturaleza, como ocurre con la fijación de precios o el reparto de mercados. Bien es cierto, no obstante, que para cada una de estas categorías, se establecen una serie de excepciones.

En suma, lo expuesto permite percatarnos de que los aspectos formales de una conducta, por sí solos, son insuficientes para declarar la comisión de una infracción contraria a la cláusula general del art. 101.1 TFUE prohibitiva de las prácticas colusorias<sup>115</sup>.

Pero es que, además, ha de recordarse que la mera restricción de la libertad de acción de una empresa no puede considerarse necesariamente una restricción de la competencia proscrita. Esto ha sido afirmado claramente en *Wouters*, donde el TJUE sostuvo que “no todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición del art. 101.1 TFUE”<sup>116</sup>. También en *Delimitis*, donde el TJUE consideró que un acuerdo de suministro solo puede ser prohibido por el art. 101.1 TFUE si contribuye de forma apreciable al efecto de bloqueo producido por el conjunto de estos contratos en su contexto económico y jurídico<sup>117</sup>. Incluso más recientemente en *Maxima Latvija*, donde el TFUE admitió que si bien un acuerdo que otorga a una empresa inquilina de un centro comercial el derecho de vetar a competidores puede tener efectos anticompetitivos, esta cláusula que limita la libertad de acción del arrendador por sí misma no es suficiente para entender la existencia de una restricción concurrencial<sup>118</sup>.

*Cuarta. El análisis contrafactual es ineludible para aplicar adecuadamente el art. 101.1 TFUE.* Asimismo, la determinación de la existencia de una restricción de la competencia exige inexorablemente considerar el contrafactual, es decir, evaluar las condiciones de competencia que habrían prevalecido en ausencia de la práctica enjuiciada<sup>119</sup>.

Esta exigencia aflora ya en la STJUE dictada en el asunto *Société Technique Minière*, donde el TJUE señaló que la competencia en el sentido del art. 101. TFUE

<sup>115</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P y LAMADRID, A., “On the notion of restriction ...”, cit., pp. 338-339.

<sup>116</sup> STJUE de 19 de febrero de 2002, *Wouters* (asunto C-309/99), apdo. 97°.

<sup>117</sup> STJUE de 28 de febrero de 1991, *Delimitis* (asunto C-234/89).

<sup>118</sup> STJUE de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija* (asunto C-345/14).

<sup>119</sup> Tan evidente resulta la cuestión que IBÁÑEZ COLOMO, P y LAMADRID, A., “On the notion of restriction ...”, cit., pp. 339 y ss, lo consideran una cuestión que conocemos acerca del término restricción de la competencia y sobre la que tenemos certeza.

debe entenderse dentro del contexto real en el que ocurriría en ausencia del acuerdo en disputa<sup>120</sup>.

A partir de entonces, los órganos jurisdiccionales comunitarios siempre han prestado atención en sus enjuiciamientos a verificar si la CE toma o no correctamente en consideración el contrafactual dentro del análisis efectuado.

En esta dirección, se ha estimado que un acuerdo por el que se crea un servicio hasta entonces inexistente no restringe la competencia, ya que si fuese prohibido el resultado no sería otro que privar a los consumidores de dicho servicio<sup>121</sup>.

Igualmente hemos de admitir que tampoco puede quedar proscrito un acuerdo cuyas cláusulas estén amparadas por la doctrina de las restricciones accesorias más arriba referida<sup>122</sup>. No en vano, esta doctrina se basa en la idea de que, a falta de ciertas cláusulas, hay acuerdos que nunca se concluirán. Razón por la cual las cláusulas en cuestión merecen ser consideradas restricciones razonables de la competencia, en virtud de un justo equilibrio con el Derecho de contratos<sup>123</sup>.

Por último, hay casos en los que la competencia (entre marcas o intramarca) no está excluida por culpa del acuerdo, sino merced al marco regulatorio subyacente. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, el asunto *Coditel*, relativo al régimen de derechos de autor, del que se infiere que lo que evita la rivalidad transfronteriza entre licenciarios no es la concurrencia de voluntades, sino el funcionamiento mismo de los derechos de autor<sup>124</sup>.

*Quinto. Las Constituciones de los EEMM exigen interpretar de forma razonable la noción de restricción concurrencial del art. 101.1 TFUE.* Para rematar toda esta argumentación, conviene resaltar la razón de ser de todo lo expuesto hasta ahora. En este sentido, hemos de señalar que, a nuestro juicio, la utilización de una noción muy estricta de los términos restricción de la competencia que limitase de forma exagerada la libertad de actuación de los particulares es incompatible con los Tratados comunitarios, los valores de la libertad individual, la protección de la autonomía privada y la libertad de empresa<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> STJUE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière* (asunto C-56-65/66).

<sup>121</sup> STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asunto T-374-375/99).

<sup>122</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P y LAMADRID, A., “On the notion of restriction ...”, cit., pp. 340-341.

<sup>123</sup> Entre otras: SSTJUE de 11 de julio de 1985, *Remia BV* (asunto C-42/84); de 15 de diciembre de 1994, *Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs* (asunto C-250/92) y STPI de 18 de septiembre de 2001, *Métropole Télévision* (asunto T-112/99).

<sup>124</sup> STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA v. Commune d’Uccle y Région de Bruxelles-Capitale* (asunto C-324/07).

<sup>125</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos...”, cit., p. 4 e ÍDEM., “Los acuerdos: autorización individual...”, cit., p. 252.

Lo anterior explica que la prohibición del art. 101.1 TFUE requiera, en su aplicación práctica, de un conjunto de normas y de doctrinas legales que reduzcan suficientemente su ámbito de aplicación<sup>126</sup>. De lo contrario, podrían existir problemas de constitucionalidad en la mayoría de EEMM de la UE.

En conclusión, consideramos más que probado que en sede comunitaria se encuentra vigente una noción razonable de restricción de la competencia. Por un lado, porque aunque en la UE no nos hemos limitado a copiar el ordenamiento norteamericano, sí que nos hemos inspirado en él para desarrollar nuestros propios criterios hermenéuticos, como lo demuestra el acogimiento que en el Derecho de la competencia europeo se ha dado a la doctrina de las restricciones accesorias surgida al otro lado del Atlántico.

Pero, además, por otro lado, no puede obviarse que en la jurisprudencia comunitaria existen incontables ejemplos que, de una u otra manera, llevan a la conclusión de que no cualquier conducta que provoca una restricción formal de la competencia puede considerarse ilícita y, por tanto, prohibida por el art. 101.1 TFUE<sup>127</sup>. Prueba de ello son algunos de los asuntos a los que acabamos de referirnos en el presente epígrafe, a los que naturalmente hemos aquí de remitirnos para evitar reiteraciones innecesarias.

Asumida esta importante premisa, esto es, que la noción de restricción de la competencia que impera en el ordenamiento *antitrust* comunitario es antiformalista, surge una pregunta de relevancia para los fines perseguidos en esta investigación: ¿Un acuerdo que restringe la competencia de forma poco sensible o apreciable no es una auténtica restricción de la competencia en el sentido del art 101.1 TFUE, sino tan sólo una restricción formal y, por tanto, ha de quedar al margen de las conductas colusorias? Seguidamente nos proponemos abordar esta cuestión, aunque no nos resistimos a adelantar que nuestra respuesta a la misma es indubitadamente afirmativa.

## **2. Los acuerdos de menor importancia y su exclusión de una noción razonable de restricción concurrencial**

Acabamos de poner de manifiesto que la interpretación de la noción de restricción concurrencial *ex art. 101.1 TFUE* debe ser razonable, lo que significa

---

<sup>126</sup> De hecho, así ha ocurrido en el ordenamiento jurídico israelí, donde su prohibición de acuerdos colusorios, redactada en términos similares al art. 101.1 TFUE, abarcaría prácticamente cualquier tipo de acuerdo. En particular, se han excluido aquellos acuerdos que solo presentan un daño mínimo para la competencia. *Vid.*, EPSTEIN, E y DOLEV-GREEN, T., *Competition Law in Israel*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2015, p. 59.

<sup>127</sup> Tanto es así que ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los intereses protegidos...”, *cit.*, p. 840 advierte que volver a la concepción formalista desfasada, abandonando el análisis económico en la valoración de las conductas enjuiciadas, es una involución que afectaría al concepto mismo de restricción concurrencial y al método empleado para la aplicación de normas reguladoras.

entender que no toda restricción formal de la competencia encaja dentro de la prohibición establecida por dicho precepto. Pues bien, es ahora el momento de centrar la atención en los acuerdos de menor importancia para tratar de demostrar que dichos comportamientos, que no afectan de forma sensible, significativa o apreciable a la competencia, están excluidos de una noción razonable de restricción concurrencial.

Con la finalidad de demostrar que los acuerdos de menor importancia están excluidos de una noción de restricción de la competencia razonable, dividiremos nuestra exposición en tres partes: 1ª). En primer lugar, comentaremos brevemente las primeras Decisiones de la CE sobre la sensibilidad en la competencia, así como la STJUE en el caso *Völk* [*infra*, 2.1]. 2ª) En segundo lugar, prestaremos atención a la diferencia existente entre la doctrina *de minimis* y la regla *Automec*, con el objetivo de que ambas no sean confundidas [*infra*, 2.2]. 3ª) En tercer y último lugar, repararemos en el fundamento que hay detrás del planteamiento anterior, el cual pivota sobre el bien jurídico protegido por el Derecho europeo de la competencia y el principio de lesividad [*infra*, 2.3]. Los motivos que explican esta estructura se pueden concretar básicamente en los siguientes:

*Primero.* En nuestra opinión, el examen de la doctrina *de minimis* exige partir de su origen, el cual está en las primeras decisiones de la CE y, sobre todo, en la jurisprudencia del TJUE. No en vano, los comienzos de esta doctrina evidencian que la misma surge como *una matización a la prohibición general del art. 101.1 TFUE*, según la cual las conductas de escasa importancia para el sistema de libre competencia quedan fuera del precepto, o lo que viene a ser lo mismo, que una razonable aplicación del art. 101.1 TFUE exige que la restricción de la competencia sea apreciable, significativa o sensible<sup>128</sup>. Acuerdos que, en definitiva, tienen apariencia anticompetitiva pero que no afectan a la competencia en un sentido económico, sino únicamente en un plano meramente formal<sup>129</sup>.

*Segundo.* Una vez conocido (y comprendido) el origen de la doctrina *de minimis*, conviene diferenciarla de la regla *Automec*. Sobre todo, porque existe un riesgo más que probable de confundir la una con la otra. El intérprete, sin embargo, ha de saber distinguir las porque no son la misma cosa. De lo contrario, se corre el riesgo de añadir aún más complejidad al tema objeto de esta investigación, lo que debe evitarse por cuanto que éste resulta ya suficientemente complejo (especialmente por la

<sup>128</sup> EMMERICH, V., *Kartellrecht*, 6<sup>th</sup> ed, completamente reelaborada y sustancialmente ampliada del libro “Wettbewerbsrecht”, *Colección JuS*, núm. 27, München, Beck, 1991, p. 538, *apud.* BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 659.

<sup>129</sup> RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4. Las conductas prohibidas”, en AA. VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia: análisis y comentarios*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 154.

nada fácil tarea de determinar los criterios que determinan la menor importancia, o la relación existente entre este tipo de conductas y las restricciones por el objeto).

*Tercero.* Comprendido el significado de la doctrina *de minimis* y debidamente diferenciada de la regla *Automec*, es pertinente preguntarnos por su fundamento. En este sentido, huelga decir que el requerimiento de la sensibilidad en la restricción de la competencia no es caprichoso, sino que responde a exigencias propias de un sistema jurídico que pretende ser coherente y ordenado. De ahí la constatación de que la doctrina *de minimis* es, en suma, un fiel reflejo del principio de lesividad presente en toda manifestación del *ius puniendi*, lo cual es plenamente congruente con el bien jurídico protegido por la legislación *antitrust*, que no es otro que la denominada competencia funcional, efectiva o eficiente<sup>130</sup>.

En suma, en las páginas siguientes argumentamos que los acuerdos de menor importancia están excluidos del art. 101.1 TFUE. Y esta conclusión la deducimos tanto del origen de la doctrina *de minimis* como de su confrontación con la regla *Automec*. Pero al mismo tiempo reparamos en que esta relevante idea cuenta con un fundamento plausible, como es el bien jurídico protegido y el principio de lesividad. Actuando de este modo, abonamos el terreno para abordar más tarde de forma satisfactoria el problema de la licitud o ilicitud de estos acuerdos<sup>131</sup>.

### 2.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Völk*

Como se sabe, el art. 101.1 TFUE (y sus precedentes legislativos) establece la incompatibilidad con el mercado común de todo acuerdo que perjudique al comercio entre los EEMM y que tenga por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior. Su atenta lectura permite apreciar con cierta facilidad que en dicha norma no aparece enunciado explícitamente ningún adjetivo en virtud del cual se exhorte a examinar la trascendencia de los efectos anticoncurrenciales derivados de la conducta analizada. Antes bien, de la literalidad del texto se deduce que cualquier restricción de la competencia, por insignificante que sea, queda prohibida. Sin embargo, la CE y el TJUE han venido exigiendo que la práctica colusoria afecte de forma apreciable, significativa o sensible a la competencia. Y esto es precisamente lo que se conoce como la doctrina *de minimis* o teoría (o test) de la sensibilidad o apreciabilidad.

<sup>130</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L y CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed, Tecnos, Madrid, 1995, p. 294; CURTO POLO, M.M., “Prohibición de las conductas...”, cit., p. 115 y SCHAPIRA, J; LE TALLEC, G y BLAISE, J.B., *Droit Européen des affaires*, Paris, Thémis, 1984, pp. 237-238.

<sup>131</sup> *Infra*, 1ª Parte, II.

Esta doctrina se inserta, en efecto, dentro de la tendencia del TJUE a matizar la aparente prohibición absoluta que impera en el art. 101.1 TFUE mediante la elaboración de métodos interpretativos que tengan por finalidad racionalizar el alcance de la normativa *antitrust*<sup>132</sup>. Cabe recordar que estas matizaciones a la prohibición general no son una cuestión menor o accidental. Antes al contrario, gracias a ellas el enunciado que prohíbe los pactos colusorios puede considerarse constitucional, ya que de no existir este conjunto de reglas reductoras de su ámbito de aplicación se verían conculcadas libertades individuales consagradas por las Constituciones europeas modernas<sup>133</sup>. Pues bien, entre estas matizaciones se encuentra la doctrina *de minimis*, merced a la cual sólo aquella conducta que afecte de forma significativa, sensible o apreciable a la competencia encaja dentro de la prohibición del art. 101.1 TFUE<sup>134</sup>.

La CE, por su parte, ha considerado que la afectación sensible de la competencia es un requisito indispensable para la aplicación del art. 101.1 TFUE (y sus precedentes legislativos)<sup>135</sup>. De hecho, hay ejemplos tempranos de DCE en las que se resuelve que no es sancionable un acuerdo que, pese a ser formalmente restrictivo de la competencia, tiene un impacto insignificante sobre ella<sup>136</sup>. Veamos de manera sucinta alguno de ellos:

La primera vez que la CE hace referencia a la afectación sensible de la competencia es en el asunto *Grossfillex*<sup>137</sup>. En él, afirmaba que las circunstancias dejaban claro que la competencia en el mercado común no estaba impedida ni restringida “*de una manera sensible* debido al contrato en cuestión” y que, por tanto, no era posible hablar de restricción de la libre competencia en el sentido exigido por el art. 101.1 TFUE<sup>138</sup>. Con este razonamiento la CE admitía que en el examen del apdo 1º del art. 101 TFUE se ha de discernir si, de alguna forma, la competencia se ve

<sup>132</sup> ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de *minimis* en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”, *Revista e-mercatoria*, núm. 2, 2009, p. 3 y GYSELEN, L., “What makes an agreement anti-competitive: lessons from the past”, en AA. VV (eds. GERARD, D.; MEROLA, M., y MEYRING, B), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Brussels, Bruylant, 2017, p.118. Obsérvese que la necesidad que dio origen a la doctrina *de minimis* es exactamente la misma que da lugar al método interpretativo de la *rule of reason* en los EEUU, tal como se apuntó *supra*, I, 1.1.

<sup>133</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos...”, cit., p. 4.

<sup>134</sup> MIRANDA SERRANO “La regla *de minimis* en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *DN*, núm. 216, 2008, p. 7 afirma que “esta sentencia del TJCE tuvo una relevancia decisiva para la consolidación del principio de legalidad *per se* de las conductas *de minimis* en Europa”. En la misma línea se pronuncian también ALLENDESALAZAR CORCHO, R y VALLINA, R., “Una interpretación “castiza” de la Regla *de minimis*. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009”, *GJUE*, núm. 14, 2010, pp. 30-31.

<sup>135</sup> EMMERICH, V., *Kartellrecht...*, cit., p. 538, *apud.* BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 659.

<sup>136</sup> DDCE de 11 de marzo de 1964, asunto *Grosfillex*; de 8 de julio de 1965, asunto *DRU-Blondel* y de 17 de septiembre de 1965, asunto *Hummel-Isbecque*.

<sup>137</sup> DCE de 11 de marzo de 1964, asunto *Grosfillex*.

<sup>138</sup> *Ibidem*, apdo. 2º. Traducción propia con énfasis añadido del texto original en francés “*considérant que ces circonstances font apparaître que la concurrence à l'intérieur du marché commun n'est pas empêchée ni restreinte ni faussée d'une manière sensible du fait du contrat en cause; Il n'y a pas lieu pour la Commission, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir, en vertu des dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne*”.



restringida de manera apreciable, puesto que de lo contrario no estaríamos ante una conducta vetada por el Derecho *antitrust*.

Un año y algunos meses más tarde, en los expedientes *DRU-Blondel* y *Hummel-Isbecque*, se vuelve a tener presente el elemento de la sensibilidad de la restricción a la hora de realizar el examen derivado del art. 101.1 TFUE<sup>139</sup>. En concreto, se consideró que como los acuerdos analizados determinaban las condiciones de importación de un EEMM a otro, el comercio comunitario se desarrollaba en condiciones distintas de las que habrían existido en ausencia de esa restricción sensible de la competencia, lo que puso de manifiesto que ésta tenía cierta importancia desde el punto de vista de su posible influencia en el comercio entre los EEMM<sup>140</sup>. De ahí que se concluyera que resultaba de aplicación el art. 101.1 TFUE. Ciertamente es que esta aseveración es ambigua, en la medida en que abre más interrogantes de los que cierra. Pero, a pesar de ello, pone de relieve que existe algún tipo de relación entre el comercio comunitario, la restricción de la competencia y la importancia que la conducta tiene en el correcto desarrollo del orden concurrencial<sup>141</sup>.

Con todo, hubo que esperar algunos años más para que se dotara de cierto contenido al elemento o test de la sensibilidad o apreciabilidad. Así ocurrió en el asunto *Convention Chauffourniers* de 1969, en el que se optó por definirlo a través de un criterio puramente cuantitativo<sup>142</sup>. En concreto, la CE sostuvo en este caso que la práctica enjuiciada era incapaz de restringir significativamente la competencia por cuanto que, entre otras cosas, los fabricantes no disponían de los terrenos necesarios para producir cemento artificial en cantidades suficientes para poder ejercer una influencia apreciable en la oferta en el mercado comunitario<sup>143</sup>. Con cierta facilidad se infiere de este caso cómo la CE puso el énfasis en la capacidad productiva de los participantes del acuerdo, conectando la noción de escasa importancia (o el elemento de la sensibilidad) con el tamaño reducido de las compañías actoras del comportamiento analizado.

<sup>139</sup> DDCE de 8 de julio de 1965, asunto *DRU-Blondel* y de 17 de septiembre de 1965, asunto *Hummel-Isbecque*.

<sup>140</sup> *Ibidem*, apdo. 2º (Traducción propia del texto en francés “*l'accord conclu entre D.R.U. et Blondel détermine les conditions dans lesquelles les produits du fabricant seront importés des PaysBas en France; que de ce fait le commerce entre États membres se développe dans des conditions autres qu'il ne le ferait sans cette restriction perceptible de la concurrence, dont l'influence sur le commerce entre États membres revêt quelque importance; que dès lors l'accord visé est susceptible d'affecter le commerce entre États membres*”) e *ibidem*, apdo. 2º (Traducción propia del texto en francés “*l'accord conclu entre Hummel et Isbecque détermine les conditions dans lesquelles les produits du fabricant seront importés d'Allemagne en Belgique; que de ce fait le commerce entre États membres se développe dans des conditions autres qu'il ne le ferait sans cette restriction perceptible de la concurrence, dont l'influence sur le commerce entre États membres revêt quelque importance; que dès lors l'accord visé est susceptible d'affecter le commerce entre États membres*”).

<sup>141</sup> Reconocemos que, en esta decisión, la CE parece pensar en la afectación al comercio comunitario y no en la competencia, guiándose aquí, entonces, por una lógica de reparto competencial entre EEMM y UE.

<sup>142</sup> DCE de 5 de mayo de 1969, asunto *Convention chauffourniers*.

<sup>143</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla de *minimis*...”, cit., p. 6

Un par de meses más tarde, el TJUE eleva la noción de menor importancia acuñada por la CE a doctrina jurisprudencial, a la par que aboga por seguir una perspectiva cuantitativa al definir el elemento de la sensibilidad. Así lo corrobora la STJUE dictada en el asunto *Völk*<sup>144</sup>. En ella, se enjuició un acuerdo merced al cual un fabricante alemán de lavadoras nombra a una empresa belga su distribuidor exclusivo en Bélgica y Luxemburgo, comprometiéndose con ello a salvaguardar a aquella de las importaciones paralelas y absteniéndose de hacerle la competencia.

El órgano jurisdiccional, al resolver esta cuestión prejudicial, tuvo en cuenta que la producción de lavadoras constreñida por el acuerdo representaba tan solo entre el 0,2% y el 0,5% de la producción total en Alemania. Y sobre la base de estos datos, concluyó que no cabía hablar en este caso de infracción del art. 101.1 TFUE porque “un acuerdo *no incurre en la prohibición* cuando afecta al mercado tan solo de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en el mercado del producto que se trate”<sup>145</sup>. Ello pese a que el asunto trataba sobre una prohibición territorial absoluta.

La trascendencia de esta sentencia queda corroborada por la atención que ha recibido por parte de la doctrina, cuyos planteamientos se irán desgranando a lo largo de este trabajo. Por este motivo conviene tenerla muy presente de ahora en adelante<sup>146</sup>. No en vano, en relación con ella no ha faltado quien ha subrayado su decisiva relevancia para la consolidación del principio de la legalidad *per se* de las conductas *de minimis*<sup>147</sup>. O quien ha mantenido que supuso un cambio de orientación importante de las palabras “por objeto o por efecto” del art. 101.1 TFUE<sup>148</sup>. O finalmente, quienes le han atribuido el mérito de aclarar que “el art. 101 TFUE no prohíbe cualquier tipo de restricción: para que exista una infracción del art. 101 TFUE es necesario que la restricción de la competencia sea apreciable”<sup>149</sup>.

<sup>144</sup> STJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69).

<sup>145</sup> *Ibidem*. Énfasis añadido. Para mayor detenimiento en el supuesto de hecho y el fallo del TJUE, entre otros: MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 7; ÍDEM., “Prácticas colusorias...”, cit., pp. 83 y ss; ALLENDESALAZAR CORCHO, R y VALLINA, R., “Una interpretación castiza...”, cit., p. 29 y ss; ORTIZ BAQUERO, I., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 6; PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, en AA. VV (dir. MASSAGUER FUENTES, J.), Comentario a la ley de la Defensa de la Competencia, 6ª ed, Madrid, Thomson-Civitas, 2020, pp. 516-519 y BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia en la nueva Comunicación de la Comisión”, *NotUE*, núm. 169, 1999, p. 44.

<sup>146</sup> De hecho, volveremos a él de forma constante a lo largo de este trabajo reparando incluso en la opinión del Abogado General en este asunto (*infra*, I, 2.3 y II, 1.2).

<sup>147</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 7.

<sup>148</sup> BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor...”, cit., p. 44 y RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia práctica de las conductas de menor importancia”, en AA. VV (coords. ORTIZ BLANCO, L y LEÓN JIMÉNEZ, R), *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 17.

<sup>149</sup> ALLENDESALAZAR CORCHO, R y VALLINA, R., “Una interpretación castiza...”, cit., p. 31.

## 2.2. La doctrina de *minimis* y la regla *Automec*

Acabamos de constatar que con la STJUE en el asunto *Völk* queda enunciada por primera vez la doctrina *de minimis* en el derecho *antitrust* comunitario. Dicha doctrina, además, lejos de ser flor de un día, ha sido reiterada por la jurisprudencia del TJUE<sup>150</sup>. Ahora bien, rectamente interpretada, en dicha STJUE no se precisa cómo se determina la menor importancia de una conducta colusoria. Tan solo se deduce que, a juicio del TJUE, una baja cuota de mercado de las empresas en ella participantes es un criterio a tener en cuenta con vistas a decidir si cabe hablar o no de restricción concurrencial en el sentido del art. 101.1 TFUE.

En todo caso, por si esta indefinición jurisprudencial de la doctrina *de minimis* no fuese capaz de complicar por sí sola el estudio de esta regla hermenéutica del Derecho *antitrust*, años más tarde se formula otra doctrina que, aunque diferente, se confunde en no pocas ocasiones con ella.<sup>151</sup> Nos referimos a la conocida como regla *Automec*.

En concreto, la regla *Automec* se fija en la STPI de 18 de septiembre de 1992<sup>152</sup>. El supuesto de hecho consiste en que *BMW* Italia decide rescindir en tiempo y forma el contrato de suministro con uno de sus proveedores, *Automec Srl*. Esta empresa, sin embargo, no está conforme con la terminación contractual y trata de impugnarla en los tribunales italianos. De manera paralela, acusa a la automovilística con sede en Baviera de que su sistema de distribución selectiva quebranta el art. 101.1 TFUE, al negarse a hacerla participe de él. No obstante, la CE decide que este caso no reviste interés comunitario suficiente como para profundizar en el examen de los hechos. Razón por la cual no da curso favorable a la solicitud presentada por *Automec*, que insatisfecha con esta respuesta, decide interponer recurso frente al Juez comunitario.

El intercambio epistolar entre la CE y *Automec* pone de manifiesto que la segunda pretendía conseguir de la primera aquello que no era capaz de obtener de los tribunales italianos, esto es, el restablecimiento de las relaciones comerciales entre ella y *BMW*. Este intento, sin embargo, estaba condenado al fracaso, puesto que pivotaba en acusar a la empresa germana de la comisión de un acuerdo colusorio tipificado en el art. 101.1 TFUE, cuando la realidad era que en el presente caso ni tan siquiera existía un acuerdo susceptible de ser enjuiciado. En rigor, la conducta que *Automec* denuncia

<sup>150</sup> Entre otras: SSTJUE de 6 de mayo de 1971, *Société anonyme Cadillon v. Firma Höss* (asunto C-1/71); de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import Co v. Import Export* (asunto C-22/71); de 14 de mayo de 1975, *Kali und Salz & Kali-Chemie* (asunto C-19-20/74) y de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française* (asunto C-100-103/80).

<sup>151</sup> ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *GJUE*, núm. 241, 2006, p. 25.

<sup>152</sup> STPI de 18 de septiembre de 1992, *Automec* (asunto T-24/90).

consistía más bien en un “no acuerdo” o, si se prefiere, en una práctica unilateral, consistente en la negativa de *BMW* de mantener el contrato de suministro que existía entre ambas empresas, u otro similar.

Lo anterior se deja entrever en la carta que la CE envió a la denunciante el 26 de julio de 1989. En ella, le reprochaba que no había proporcionado ningún indicio de que *BMW Italia* ocupara una posición dominante en el mercado, ni de que hubiera abusado de ella, infringiendo así el art. 102 TFUE, que realmente era el único precepto que permitía a la CE obligar a la automovilística a contratar con un distribuidor<sup>153</sup>.

La CE, sin embargo, no entra en el asunto ni constata la improcedencia de aplicar el art. 101.1 TFUE por no existir un acuerdo o práctica concertada que enjuiciar. Dos motivos son los que la impulsan a optar, por el contrario, por reivindicar su discrecionalidad como autoridad de la competencia a la hora de investigar los asuntos. Por un lado, la existencia de cierta incertidumbre acerca de si los contratos entre *BMW Italia* y sus suministradas cumplían las exigencias jurisprudenciales en materia de distribución selectiva. Por otro lado, el Juez italiano, que era igualmente competente para aplicar el art. 101.1 TFUE, ya conocía de las relaciones comerciales entre *BMW Italia* y sus distribuidores. Se comprende así que la CE no desease abordar prematuramente el sistema de distribución selectiva de *BMW* ni, sobre todo, malgastar sus recursos.

Esto último resulta lógico tan pronto se repare en que, en realidad, lo que subyacía en este supuesto eran los intereses de un particular que, además, no podían satisfacerse, debido a la falta de competencia de la CE para ello. De ahí que ésta subrayase hasta la saciedad que no disponía de las facultades necesarias para declarar que la resolución del contrato carecía de efectos jurídicos. Asimismo, tampoco dudó en destacar que el enjuiciamiento del sistema de distribución debía realizarse en sede nacional, ya que la CE no está obligada a investigar en profundidad todos los casos de los que tenga noticia, al contar con la facultad de apreciación discrecional de los elementos de que dispone para conceder diferentes grados de prioridad.

La opinión del Abogado General EDWARD se muestra de acuerdo con el criterio de la CE<sup>154</sup>. No en vano, confirma que la única consecuencia civil que puede tener la infracción del art. 101.1 TFUE es la nulidad del acuerdo, según se desprende del apdo 2º de dicho precepto. De hecho, recalca que es el Juez nacional el único que, siguiendo la normativa de su país, puede compeler a reparar los perjuicios causados a un tercero u obligar a la otra parte a contratar. Además, asegura que la libertad

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, apdo. 13º.

<sup>154</sup> Conclusiones del Abogado General EDWARD, de 10 de marzo de 1992, asunto *Automec* (T-24/ 90).

contractual debe ser la norma y que una restricción de aquella, como la que se solicitaba en este asunto, carecía de justificación<sup>155</sup>. Por último, también señala que, a su juicio, la CE no está obligada a pronunciarse sobre la existencia de una infracción, ni a llevar a cabo una investigación y, por tanto, que “establecer grados de prioridad a los expedientes que le son sometidos es conforme a las obligaciones que le impone el Derecho comunitario”<sup>156</sup>.

En suma, la conclusión final a la que llega EDWARD, en su condición de Abogado General, se expresa en los siguientes términos: “es conforme a Derecho que, para determinar el grado de prioridad que debe concederse a un asunto que le es sometido, la CE haga referencia al interés comunitario”, y ello ponderando “la importancia de la supuesta infracción para el funcionamiento del mercado común, la probabilidad de poder probar su existencia y el alcance de las medidas de investigación necesarias a efecto de cumplir su misión”<sup>157</sup>.

Por su parte, el TPI adopta esta misma solución cuando falla que no hay interés comunitario suficiente para proceder al examen del asunto. El motivo principal que le lleva a concluir en este sentido reside en el hecho de que ya se había sometido al Juez nacional el enjuiciamiento de los litigios entre *Automec* y *BMW Italia* referidos al sistema de distribución de esta última. De modo que, en su opinión, concurrían en este asunto razones de economía procesal y de buena administración de justicia que abogaban en favor del examen del caso por el Juez que ya ha tenido conocimiento de estas cuestiones<sup>158</sup>. En concreto, para la determinación de la existencia de un interés comunitario, el TPI exige a la CE prácticamente lo mismo que el Abogado General<sup>159</sup>.

Ahora bien, la STPI no interesa únicamente por su fallo. Su interés reside en que a lo largo de todo su texto se realizan consideraciones que han de ser tenidas en cuenta por el intérprete si no se quiere malinterpretar la regla que allí se contiene. De hecho, la referida STPI tiene el mérito de centrar las cuestiones controvertidas del caso, dotando de cierto orden al infructuoso intercambio de impresiones que tuvo lugar entre la CE y *Automec*. En concreto, señala (a nuestro juicio, con acierto) que la denuncia de la antigua distribuidora contiene, por un lado, la solicitud de que se ordenara el restablecimiento de la relación entre las dos empresas implicadas y, por otro lado, una petición más general dirigida a que se obligase a la automovilística a poner fin a la infracción denunciada, esto es, al sistema de distribución selectiva por

---

<sup>155</sup> *Ibidem*, apdo. 1°.

<sup>156</sup> *Ibidem* apdo. 2°.

<sup>157</sup> *Ibidem* apdo. 3°.

<sup>158</sup> STPI de 18 de septiembre de 1992, *Automec* (asunto T-24/90), apdo. 88°.

<sup>159</sup> *Ibidem*, apdo. 87°.

ella diseñado<sup>160</sup>. En relación con cada una de estas peticiones, se realizan en la STPI las siguientes observaciones:

*Primera:* En lo que respecta al restablecimiento de las relaciones, la propia demandante reconoce que lo que denuncia es una conducta de apariencia unilateral, aunque considera que puede entrar en el ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE si tiene lugar en el marco de un sistema de distribución<sup>161</sup>. Sin embargo, como bien señala la CE, el único acuerdo al que podría aplicarse el precepto es al que existe entre *BMW Italia* y sus distribuidores. A su juicio, era claro que dicha norma no podía ser de aplicación al “no acuerdo” entre la demandante y la suministradora. Por tanto, la CE solamente podía declarar la incompatibilidad del sistema de distribución con el art. 101.1 TFUE y obligar al proveedor a poner fin a sus contratos de concesión. Pero en ningún caso podía obligar a contratar, que es lo que pretendía la demandante. Sobre la base de estas ideas, el TPI considera que “es el Juez nacional quien, llegado el caso y según las normas del Derecho nacional, puede intimar a un operador a que contrate con otro”<sup>162</sup>. Y a lo anterior añade que “como la libertad contractual debe seguir siendo la norma, no puede reconocerse a la CE, en el marco de las facultades de intimación de que dispone para hacer cesar las infracciones del apdo 1º del art. 101, la facultad de intimar a una parte para que establezca relaciones contractuales”<sup>163</sup>. De modo que, como era de esperar, ninguna sorpresa ofrece la STPI en lo relativo a esta cuestión.

*Segunda:* En lo que concierne al sistema de distribución, esto es, a los contratos entre *BMW Italia* y los distribuidores, la CE mantiene que no está obligada a adoptar una decisión definitiva en cuanto a si existe o no la supuesta infracción *antitrust*. En esta materia, por tanto, la CE dispondría de un amplio margen de apreciación para iniciar o no una investigación, dependiendo de la existencia o no de un grado de interés comunitario suficiente como para justificar esa actuación suplementaria respecto de la ya efectuada por los órganos jurisdiccionales italianos. Acerca de este asunto, concluye la STPI a la que aquí nos referimos que si la CE “estuviese siempre obligada a iniciar una investigación tras presentarse una denuncia, la elección de los asuntos en los que se efectuaría una investigación correspondería a las empresas denunciadas más que a ella misma y obedecería, por tanto, a criterios de interés privado, más que público”<sup>164</sup>.

El TPI considera que, en última instancia, la cuestión que aquí se plantea no es otra que la determinación de cuáles son las obligaciones de la CE cuando una persona

---

<sup>160</sup> *Ibidem*, apdo. 27º.

<sup>161</sup> *Ibidem*, apdo. 36º.

<sup>162</sup> *Ibidem*, apdo. 50º.

<sup>163</sup> *Ibidem*, apdo. 51º.

<sup>164</sup> *Ibidem*, apdo. 67º.

física o jurídica pone en su conocimiento actuaciones que podrían ser contrarias al art. 101 TFUE. A este respecto, destacar que, al no existir la obligación de pronunciarse sobre si existe o no una infracción, tampoco puede ser obligada a llevar a cabo una investigación. Razón por la cual concluye que en este caso la CE realizó un examen atento de la denuncia y, por tanto, que no puede reprochársele falta de diligencia. Es más, reconoce a la CE la facultad de conceder diferentes grados de prioridad al examen de las denuncias que le sean sometidas, pudiendo para ello invocar el interés comunitario, puesto que “a diferencia del Juez nacional civil, cuya misión es proteger los derechos subjetivos de las personas privadas en sus relaciones recíprocas, una autoridad administrativa debe actuar en interés público”<sup>165</sup>.

Las cuestiones señaladas en esta STPI han sido precisadas más adelante por otras sentencias comunitarias<sup>166</sup>. De esta forma, se ha señalado que la CE tiene obligación de dar respuesta a quien denuncia a través de una decisión susceptible de ser controvertida judicialmente<sup>167</sup>. También se ha especificado que los criterios a partir de los cuales se delimita el concepto de interés comunitario no son solo los que se apuntan en el asunto *Automec*, sino que el Derecho de la competencia requiere siempre de un análisis de las circunstancias particulares de cada caso<sup>168</sup>. Incluso se ha llegado a pronunciar acerca de una obviedad, como es el hecho de que la decisión de desestimar una denuncia por parte de la CE no impide que el asunto pueda ser sometido a la valoración de una ANC o un juez nacional (lo que se deduce sin dificultad de la propia STPI aquí comentada).

Aunque la argumentación recogida en la STPI que comentamos nos parece plenamente acertada, lo cierto es que a veces el significado de esta resolución judicial no ha llegado a entenderse del todo bien. Se explica así que un sector de la doctrina haya denunciado (con razón) que “erróneamente se ha querido ver en la regla *Automec* una doctrina *de minimis* cuando en realidad, los fundamentos, la finalidad y el alcance de cada una de estas doctrinas es distinto”<sup>169</sup>.

Según la inadecuada equiparación entre la regla *Automec* y la doctrina *de minimis*, la función de la segunda residiría no en definir qué conductas están prohibidas y cuáles no (*ex art. 101.1 TFUE*), sino solo en delimitar qué asuntos presentan un interés público suficiente para que las autoridades de la competencia empleen recursos en su investigación; lo que conduciría a entender que la doctrina *de minimis* responde a la máxima “*de minimis praetor non curat*”<sup>170</sup>.

<sup>165</sup> *Ibidem*, apdo. 85º.

<sup>166</sup> ORTIZ BAQUERO, I., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 10.

<sup>167</sup> STJUE de 18 de marzo de 1997, *Guérin automobiles* (asunto C-282/95), apdo. 36º.

<sup>168</sup> STJUE de 4 de marzo de 1999, *Masterfoods* (asunto C-119/97).

<sup>169</sup> ORTIZ BAQUERO, I., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 11. En la misma línea se encuentran BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 543 y RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4. Las conductas...”, cit., p. 162.

<sup>170</sup> VALLINA, R., “¿*De minimis lex non curat* o *de minimis praetor non curat*?”, *GJUE*, núm. 2, 2008, p. 52. En contra, VAN DAMME, J., “Application des règles de concurrence aux accords d’exclusivité. Observations sous

Sin embargo, desde otro punto de vista, se ha remarcado que la anterior no es una interpretación correcta de la naturaleza y la función que son inherentes a la doctrina *de minimis*, pues es claro que las autoridades *antitrust* comunitarias han puesto de relieve que solo están prohibidos los acuerdos que restringen la competencia de forma apreciable, significativa o sensible, con independencia de que dicha solución, colateralmente, evite que la CE asigne recursos a asuntos de escasa importancia<sup>171</sup>.

Nuestra opinión no puede estar más de acuerdo con esta segunda forma de entender las relaciones entre la doctrina *de minimis* y la regla *Automec*, que las concibe como figuras disímiles.<sup>172</sup> De hecho, incluso podríamos diferenciar la una de la otra de forma aún más contundente.

En efecto, la STPI que resuelve el asunto *Automec*, tan solo señala que la CE no está obligada a investigar todos los casos que denuncien los particulares, que a la hora de establecer sus prioridades y criterios debe primar el interés público sobre el privado y que es deseable, por economía procesal, que haya una adecuada coordinación entre las instancias comunitarias y las nacionales<sup>173</sup>. Porque no tiene sentido que la CE dedique tiempo y esfuerzo a abordar un asunto que puede ser resuelto, con mayor efectividad, por el Juez nacional<sup>174</sup>. De modo que ni la CE ni el TJUE pueden servir como vías alternativas o complementarias con vistas a obtener la satisfacción de pretensiones de carácter privado.

Lo anterior, sin embargo, no tiene nada que ver con el concepto de restricción de la competencia, que es el elemento del tipo al cual va referida la doctrina *de minimis* o teoría de la sensibilidad<sup>175</sup>. Como tuvimos ocasión de analizar con anterioridad, en el caso *Völk* se admite la existencia de una auténtica restricción formal que el TJUE decide dejar fuera del art. 101.1 TFUE, porque la escasa entidad de las empresas participantes en el acuerdo no ponía realmente en peligro la libre competencia en el mercado. Por tanto, la solución dada al asunto no se basaba en

---

Cour de justice, 9 juillet 1969, Franz Völk c. Vervaecke”, *Cahiers de droit européen*, 1970, pp. 63-87, si bien su texto es anterior a las Comunicaciones *de minimis* y los pronunciamientos del TJUE posteriores.

<sup>171</sup> VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., pp. 52-53; ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., pp. 25-26 y LAURILA, M., “The *de minimis* doctrine in EEC competition law: agreements of minor importance”, *ECLR*, Vol. 14, núm. 3, 1993, p. 97.

<sup>172</sup> Por todos, *vid.* BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 543.

<sup>173</sup> ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., pp. 25-26. Esto es debido, precisamente, a que en el Derecho *antitrust* comunitario existe “un sistema de competencias compartidas entre distintas autoridades basado en la asignación de casos por *proximidad*”, según GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Problemas prácticos de la aplicación descentralizada del Derecho de la competencia”, en AA.VV (dirs. ESTEVAN DE QUESADA, C y RUIZ PERIS, J.I.), *Derecho europeo de la competencia: Training of National Judges in EU Competition Law*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp.135-140.

<sup>174</sup> Al respecto, OLMEDO PERALTA, E., “La discrecionalidad...”, cit., p. 106 considera que “dados los recursos necesariamente limitados de los que disponen las autoridades de la competencia no se puede llevar a cabo una supervisión omnicompreensiva de todas las conductas potencialmente ilícitas”.

<sup>175</sup> ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., pp. 25-26.



cuestiones de eficiencia procesal, o de coordinación. Antes bien, reposaba sobre un asunto o tema central del Derecho *antitrust*, como es la definición de uno de los elementos que configuran el tipo infractor<sup>176</sup>.

De lo expuesto se infiere una conclusión que no debe pasar desapercibida. Nos referimos a que mientras que la regla *Automec* es útil para permitir a la CE no entrar en el fondo del asunto, la doctrina *de minimis*, en cambio, se presenta como un criterio hermenéutico para llevar a cabo, precisamente, el examen de fondo, merced a una interpretación razonable de los términos restricción de la competencia<sup>177</sup>.

Aunque la conclusión que acabamos de realizar es, en nuestra opinión, la correcta (y, por tanto, la que aquí aceptamos y proponemos), no podemos desconocer la existencia de una doble explicación en virtud de la cual a veces se ha querido efectuar (consciente o inconscientemente) una vinculación entre ambas doctrinas:

Por un lado, es cierto que la CE no investiga aquellos acuerdos que, en su opinión, son claramente de menor importancia. Lo adecuado en estos casos sería que entrase a valorar el fondo y que declarase que no hay lugar a la prohibición del art. 101.1 TFUE porque la conducta analizada no afecta de forma apreciable o sensible a la competencia. De hacerse así, contaríamos con numerosos pronunciamientos que arrojarían luz sobre la cuestión relativa a qué es una conducta *de minimis*. Ahora bien, la idea de archivar un asunto de poca envergadura sin llevar a cabo una investigación es, obviamente, tentadora y eficiente. De ahí que sea la seguida por la CE.

Por otro lado, también es cierto que ambas doctrinas pivotan sobre el concepto de interés público. No obstante, el interés comunitario al que se refiere la regla *Automec* hace referencia a que la CE debe priorizar asuntos tratando de maximizar el cumplimiento de su función a través de un uso eficiente de sus recursos<sup>178</sup>. Por el contrario, la doctrina *de minimis* constituye un límite en la aplicación de las normas punitivas, toda vez que merced a ella debe examinarse en el caso concreto si la conducta formalmente ilícita causa o no un perjuicio real para el bien jurídico protegido<sup>179</sup>. De modo que una se presenta como un criterio informador de la

<sup>176</sup> Sin perjuicio de que se pueda reconocer que el efecto apreciable también juega un cierto papel como herramienta de maximización de los recursos de la autoridad *antitrust*, como señala BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 676.

<sup>177</sup> En contra, EMMERICH, V., *Kartellrecht...*, cit., p. 538.

<sup>178</sup> En nuestra opinión, la política de priorización de casos también está presente, en cierto modo, en la teoría de la sensibilidad, pero no es, en realidad, un elemento configurador o característico de la misma. Están de acuerdo con este planteamiento ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., pp. 25-26 y BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 543, considerando este último además que “el interés comunitario” no está relacionado con que la conducta sea capaz de impedir, restringir o falsear la competencia, términos con los cuales sí que está conectada la teoría de la apreciabilidad.

<sup>179</sup> Idea que se desarrolla justo a continuación, *infra*, 2.3.

coordinación entre la UE y los EEMM (regla *Automec*), mientras que la otra se dirige a determinar si una determinada conducta concurrencial queda dentro o fuera del ámbito de aplicación de la norma prohibitiva, lo que implica dilucidar su carácter lícito o ilícito (doctrina *de minimis*)<sup>180</sup>.

En suma, puede entenderse que la doctrina *de minimis* auxilia a la regla *Automec* en tanto que un análisis preliminar sobre la importancia de la restricción de la competencia puede justificar, junto a otros criterios, que un asunto revista un grado u otro de prioridad<sup>181</sup>. A su vez, los criterios utilizados para priorizar los asuntos de los que la CE tiene conocimiento también pueden ser útiles en el caso concreto para determinar si una conducta es o no de menor importancia. Pero una cosa es que ambas doctrinas puedan complementarse mutuamente y otra bien distinta que se consideren una misma cosa. Como hemos tratado de explicar en las páginas precedentes, se trata de cuestiones diferentes que no deben confundirse.

En este sentido, no podemos perder de vista que la regla *Automec* se mueve en el ámbito procesal mientras la doctrina *de minimis* aborda una cuestión de derecho material o sustantivo. Ciertamente es que el interés público guía la actuación de las autoridades de la competencia y de los órganos jurisdiccionales, ya sea a la hora de concentrar sus esfuerzos o en su forma de interpretar el art. 101 TFUE. Sin embargo, es importante diferenciar ambas doctrinas. De lo contrario, se corre el riesgo de contar con un desarrollo normativo confuso, como el que históricamente ha tenido lugar en España (asunto que abordamos en la 2ª parte de la presente investigación)<sup>182</sup>.

### 2.3. Los fundamentos de la exclusión: El principio de lesividad y el bien jurídico protegido por el Derecho europeo de la competencia

La distinción realizada entre la regla *Automec* y la doctrina *de minimis* puede equipararse con dos principios propios del Derecho penal. Desde nuestro punto de vista, esta tarea resulta didáctica e ilustrativa, en la medida en que puede arrojar cierta luz acerca del trato que se debe dispensar a una y a otra.

Así, la regla *Automec* responde al principio de oportunidad. Merced a éste, la acusación pública puede dejar de perseguir a los responsables de determinadas conductas típicas cuando se den ciertas circunstancias que pueden ser, en algunos

<sup>180</sup> Ciertamente es que IBÁÑEZ COLOMO, P y GOVAERE, I., “De minimis rule in competition law: An overview of EU and national case law”, *e-Competitions Bulletin*, núm. 45224, 2015, *passim* han apuntado que la doctrina *de minimis* también puede ser un instrumento de reparto de asuntos entre EEMM y UE, siendo los primeros donde aquélla adquiere mayor protagonismo.

<sup>181</sup> OLMEDO PERALTA, E., “La discrecionalidad...”, cit., p. 111.

<sup>182</sup> ALLENDESALAZAR CORCHO, R y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P., “Las conductas prohibidas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *GJUE*, núm.1, 2008.

casos, libremente apreciadas por dichos órganos. En consecuencia, la CE, independientemente de que tuviese conocimiento de la existencia de un hecho de apariencia punible, al amparo de la referida regla, puede no ejercitar la acción o cesar en su ejercicio antes de dictar una decisión e incluso antes de iniciar una investigación.

La doctrina *de minimis*, sin embargo, no responde a esta lógica<sup>183</sup>. Antes bien, está más próxima al principio de lesividad<sup>184</sup>. En efecto, la concepción material del ilícito *antitrust* que encuentra mayor resonancia y acogida en las Constituciones de los EEMM es la que lo considera una lesión a un determinado bien jurídico. Esto implica que para imponer una sanción en materia *antitrust* no basta el desvalor de la acción, sino que es también indispensable el desvalor de resultado<sup>185</sup>.

En otras palabras, cabría afirmar que, según la perspectiva de la lesividad en el ámbito del Derecho *antitrust*, la acción únicamente es importante o relevante si genera un daño o un peligro cierto a la competencia, entendiendo ésta como el bien jurídico protegido por la norma<sup>186</sup>. De modo que el ilícito *antitrust* no se fundamenta exclusivamente en la acción, sino sobre todo en un resultado en sentido económico y jurídico materializado en una restricción sensible o apreciable de la competencia<sup>187</sup>.

Así ocurre, de hecho, en el ordenamiento jurídico neozelandés. En este país, la valoración de un acuerdo tiene realmente en cuenta el daño para la competencia<sup>188</sup>. En este examen, se valora, por un lado, la posición de mercado, pues se entiende que si las empresas en su conjunto no tienen una determinada relevancia, probablemente el bien jurídico no se vea

<sup>183</sup> No ocurre así para FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia...*, cit., p. 166, quien estima que la “exclusión” de las prácticas colusorias que no modifiquen o alteren de manera sensible o importante las condiciones naturales del juego de la libre competencia no opera por la vía de exención a la prohibición prevista en el apdo. 3º del art. 101 TFUE, “sino simplemente por la vía trazada por la praxis comunitaria de la inaplicabilidad del hecho (*de minimis non curat*)”. Se entiende de estas palabras, por tanto, que la doctrina *de minimis* respondería, al igual que la regla *Automec*, al principio de oportunidad. Lo mismo opina VAN DAMME, J., “Application des règles...”, cit., pp. 68-69, quien sostiene que en *Volk* no se quiere decir que los acuerdos insignificantes caigan fuera del precepto o del interés comunitario, sino que lo insignificante no merece atención por parte de la autoridad *antitrust*. En sentido parecido se pronuncia también BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 676.

<sup>184</sup> El principio de lesividad también es conocido como principio de ofensividad e incluso como principio de protección exclusiva de bienes jurídicos. No obstante, para evitar confusiones y por una cuestión de mera preferencia, optamos por la expresión de principio de lesividad en las páginas sucesivas.

<sup>185</sup> FLAVIO GOMES, L., *Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: contribución al estudio del delito en cuanto “hecho ofensivo típico”, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido*. Tesis doctoral dirigida por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 440. Disponible en <https://eprints.ucm.es> (Consultado por última vez el 2 de marzo de 2021).

<sup>186</sup> BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 539; GYSELEN, L., “What makes an agreement...”, cit., pp.114-116 y MONTI, G., *EC Competition Law...*, cit., p. 155.

<sup>187</sup> Esto no debe confundirse con que los ilícitos *antitrust* sean “conductas típicas de resultado”. Como es sabido, son “conductas típicas de peligro”.

<sup>188</sup> NOONAN, C., *Competition Law in New Zealand*, Wellington, Thomson Reuters, 2017, pp. 337-345 y SUMPTER, M., *New Zealand. Competition law and policy*, Auckland, Wolters Kluwer, 2010, pp. 186-196.

afectado<sup>189</sup>. Pero además, se exige que el efecto sea sustancial, esto es, no marginal<sup>190</sup>. En este sentido, se afirma que la magnitud del efecto negativo para la competencia se tiene que valorar caso por caso, que los efectos cortoplacistas rara vez afectan a la competencia y que algunos tipos de prácticas (como el *bid rigging*) difícilmente no tienen un efecto sustancial<sup>191</sup>. A nuestro juicio, esto resulta bastante similar al test de la apreciabilidad tal como es aplicado en sede comunitaria.

Esta tesis, empero, puede resultar controvertida en la medida en que introduce parámetros de valoración propios del Derecho penal cuando, en puridad, en el Derecho *antitrust* nos movemos en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. No obstante, la doctrina científica pone de manifiesto la ausencia de diferencias ontológicas entre ambos sectores del ordenamiento<sup>192</sup>. En esta dirección, se sostiene que el ilícito administrativo y el penal no se distinguen por su contenido, sino tan solo por la naturaleza de las sanciones<sup>193</sup>. Y es que, como es natural, mientras que unas son penales las otras, en cambio, tienen naturaleza administrativa<sup>194</sup>. Por tanto, los principios son exigibles en ambas ramas, sin perjuicio de que pudiera aceptarse una cierta relajación (que no supresión) en el ámbito administrativo sancionador<sup>195</sup>.

Las diversas explicaciones que se han encontrado para la coexistencia del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador son básicamente dos. Por un lado, “los que encuentran una base sustancial a la distinción, por tanto, razones que justifican la diversidad de competencias”<sup>196</sup>. Por otro, “la de los que niegan la consideración de cualquier diferenciación montada sobre criterios materiales o, al menos, su improcedencia jurídica”<sup>197</sup>. En este sentido, en materia de Derecho *antitrust* es sabido que éste surge como Derecho penal en los EEUU, ya que la fijación de precios es considerada un delito en la *Sherman Act*. En la UE, bien puede decirse que no es así. Ahora bien, siendo esta diferencia uno de los grandes elementos distintivos en el Derecho comparado entre la defensa de la competencia norteamericana y comunitaria, no son pocos los EEMM de la UE que prevén supuestos de responsabilidad penal para conductas de cartelización<sup>198</sup>. De ahí que sea posible afirmar que

<sup>189</sup> *Ibidem*, pp. 340-341 e *ibidem*, pp. 186-196.

<sup>190</sup> *Ibidem*, pp. 341-345 e *ibidem*, pp. 186-196.

<sup>191</sup> *Ibidem*, pp. 341-345 e *ibidem*, pp. 186-196.

<sup>192</sup> MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 34-35.

<sup>193</sup> *Ibidem*, pp. 34-35. Sobre la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo en la UE, entre otros, MITSILEGAS, V., *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, trust and the transformation of justice in Europe*, London, Hart Publishing, 2016, pp. 64-65.

<sup>194</sup> HUERGO LARA, A., *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 157-158.

<sup>195</sup> *Ibidem*, pp. 165-167; FELTRER RAMBAUD, L., “Principios de la potestad administrativa sancionadora y del procedimiento administrativo sancionador en el Derecho de la competencia español”, en AA. VV (eds. ORTIZ BLANCO, L y PASCUAL SEQUEROS, A), *Derecho de la competencia europeo y español*, Vol. III, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 151-152 y GARCÍA-PANASCO MORALES, G., “Las infracciones sobre defensa de la competencia: una lectura en clave penal”, *La Ley mercantil*, núm. 67, 2020. En particular, sobre la presunción de inocencia RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso de posición de dominio”, *RDCD*, núm. 21, 2017, p. 3.

<sup>196</sup> MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal...*, cit., pp. 34-35.

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp. 34-35.

<sup>198</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Conductas restrictivas de la competencia y derecho penal”, en AA. VV (coord. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.), *La lucha contra las*

no existe una “objeción de principio frente a la utilización del Derecho penal para perseguir infracciones en materia de competencia”<sup>199</sup>.

En lo que aquí nos interesa, la competencia en el mercado ha de estimarse un bien jurídico que la sociedad tiene interés en proteger, de modo que puede incluirse entre aquellos merecedores de protección penal<sup>200</sup>. Asimismo, las conductas colusorias pueden considerarse un ataque grave a ese bien jurídico bajo ciertas circunstancias<sup>201</sup>. De ahí que no podamos concluir que es la falta de relevancia del bien jurídico o de la acción lo que nos aleja de la esfera penal. Por el contrario, el argumento para descartar este mecanismo se encuentra más bien en el principio de última *ratio* del Derecho criminal. No en vano, parece claro reconocer que el interés del ordenamiento jurídico en conferir protección a la competencia se puede articular a través de vías diversas<sup>202</sup>.

Ciertamente, compartimos la opinión de quienes consideran que la superioridad disuasoria del Derecho penal no está clara en absoluto, y que, en todo caso, ampliar éste a costa de dejar sin contenido el Derecho administrativo sancionador es contraproducente<sup>203</sup>. No se pierda de vista, en este sentido, que las autoridades encargadas de la defensa de la competencia, tanto la comunitaria como las nacionales de los EEMM, han alcanzado un grado de especialización en la lucha contra los cárteles que difícilmente va a existir en los tribunales penales. A estos últimos, les cuesta entender el complejo injusto concurrencial más que a los órganos especializados, y además, cabe recordar que están atados por las severas garantías penales<sup>204</sup>. De ahí que no sea extraño que la UE no haya dado un paso hacia la armonización de la protección penal de la competencia o que Reino Unido haya considerado más bien infructuosa su tentativa de penalizar los cárteles<sup>205</sup>.

Además, el estricto estándar del Derecho penal no casa demasiado bien con una materia que irremediablemente recurre, en no pocas ocasiones, a teorías económicas y predicciones sobre las consecuencias derivadas del comportamiento perseguido como

---

*restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Granada, Comares, 2017, p. 80 y WAGNER VON PAPP, F. *et. al.*, “Individual sanctions for competition law infringements: pros, cons and challenges”, *Concurrences Review*, núm. 2, 2016, p. 16. En concreto, prevén sanciones penales de alguna forma para este tipo de conductas los ordenamientos de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Irlanda, Polonia, Reino Unido, República Checa y Rumanía.

<sup>199</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Conductas restrictivas...”, cit., p. 81.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>202</sup> Entre otros, *ibidem*, p. 118 y FLAVIO GOMES, L., *Una aproximación...*, cit., p. 363.

<sup>203</sup> LASCURAÍN, J.A., “¿Son ahora punibles los cárteles?”, *Almacén de Derecho*, 29 de noviembre, 2019. Disponible en <https://almacenederecho.org> (Consultado por última vez el 1 de abril de 2021).

<sup>204</sup> *Ibidem*.

<sup>205</sup> *Ibidem*.

medios de prueba<sup>206</sup>. En este sentido, se ha de reconocer que las teorías económicas son discutibles, al estar sesgadas por la simplificación de la realidad y la asunción de presunciones<sup>207</sup>. Asimismo, ninguna predicción logrará convencer al órgano jurisdiccional más allá de la duda razonable<sup>208</sup>. En consecuencia, cabe pensar que si se aplicase el Derecho criminal (y su estándar de prueba correspondiente) al Derecho de la competencia, éste perdería gran parte de su eficacia por culpa de la preeminencia de la presunción de inocencia<sup>209</sup>.

Pese a lo anterior, no negamos que el principio de lesividad puede servir para comprender la exclusión de las conductas de menor importancia de una noción razonable de restricción concurrencial (*ex art. 101.1 TFUE*). De hecho, renunciar a la protección penal en aras de la eficacia de la protección administrativa, o delimitar cuidadosamente la una de la otra, no son obstáculos para reparar en las similitudes existentes entre este principio y la doctrina *de minimis* sobre la que versa este estudio. Por eso mantenemos que la referida doctrina supone una trascripción del principio de lesividad al Derecho *antitrust* comunitario.

En nuestra opinión, esta tesis, lejos de oscurecer la incertidumbre que rodea al test de la apreciabilidad o sensibilidad, se muestra congruente con las conclusiones sobre esta materia sostenidas en otros lugares de este estudio. De ahí que realicemos a continuación unas breves notas sobre el principio de lesividad en general y sobre la doctrina *de minimis* leída o interpretada desde la perspectiva que ofrece el referido principio.

El principio de lesividad, lejos de ser actual o contemporáneo, se contempla ya con claridad en textos legales de relevancia histórica en los cuales se afirma que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás”<sup>210</sup>. En terminología penal, dicho principio supone que este sector del ordenamiento solo interviene si existe una lesión o un peligro cierto para algún bien jurídico. De modo que el delito existe únicamente cuando el bien jurídico protegido queda realmente lesionado o puesto en peligro<sup>211</sup>.

Por otro lado, el principio de lesividad tiene virtualidad en un ámbito tanto abstracto como concreto. En abstracto, implica la existencia de un mandato dirigido al

<sup>206</sup> RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso...”, cit., pp. 9-10. En contra, CASTILLO DE LA TORRE, F y GIPPINI FOURNIER, E., *Evidence, proof and judicial review in EU competition law, United Kingdom*, Edward Elgar, 2017, p. 60.

<sup>207</sup> LOOZEN, E., “The requisite legal standard for economic assessments in EU competition cases unravelled through the economic approach”, *ELRev*, Vol. 39, núm.1, 2014, p. 97.

<sup>208</sup> RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso...”, cit., pp. 9-10.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>210</sup> Art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

<sup>211</sup> FLAVIO GOMES, L., *Una aproximación...*, cit., p. 287.

legislador, de conformidad con el cual se entiende que en el Derecho penal rige una máxima de rango constitucional por la que nadie puede ser castigado por un hecho que no lesione bienes jurídicos de relevancia<sup>212</sup>. Desde una perspectiva más concreta, el principio al que nos referimos determina que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aún correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”<sup>213</sup>. Como resulta obvio, en este plano más concreto el principio de lesividad no va dirigido al legislador, sino a los jueces<sup>214</sup>.

Asimismo, cabe destacar que la lesión del bien jurídico puede provenir de delitos de daño o de peligro, consistentes según la doctrina clásica, en el peligro corrido por el bien mismo<sup>215</sup>. En consecuencia, para que esté justificada la condena de una conducta se necesita que el bien tutelado haya estado efectivamente en peligro. De esto se deriva, por un lado, la improcedencia de delitos de peligro abstracto, y por otro, que el daño o el peligro sobre el jurídico protegido son elementos constitutivos del tipo que han de ser objeto de prueba por parte de la acusación<sup>216</sup>.

Entendida desde la perspectiva del principio de lesividad, la doctrina *de minimis* entraña que el Derecho *antitrust* solo interviene si existe una restricción sensible, significativa o apreciable de la competencia susceptible de dañarla o ponerla en efectivo peligro<sup>217</sup>. En otras palabras: únicamente puede hablarse de ilícito *antitrust* cuando el sistema concurrencial protegido por la norma queda realmente dañado o puesto en peligro de forma concreta<sup>218</sup>.

En consecuencia, los jueces deben seguir este criterio hermenéutico en virtud del cual ninguna empresa puede ser sancionada por una conducta que, aún encajando en el tenor literal del art. 101.1 TFUE, no dañe o ponga en peligro suficientemente a la competencia en el caso concreto<sup>219</sup>. Al respecto, no obstante, hemos de enfatizar que no se exige que se produzca un daño. Basta que la conducta, pese a no materializarse

<sup>212</sup> FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad como garantía penal”, *Revista nuevo foro penal*, núm. 79, 2012, p. 111.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 111 y FLAVIO GOMES, L., *Una aproximación...*, cit., p. 388.

<sup>215</sup> CARRARA, F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, 10ª ed, Firenze, Fratelli Cammelli, 1907, pp. 126-324. *apud.* FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad...”, cit., pp. 111-112.

<sup>216</sup> FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad...”, cit., pp. 111-112.

<sup>217</sup> En efecto, BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 539 considera que la expresión impedir, restringir o falsear la competencia requiere un daño al proceso competitivo.

<sup>218</sup> Reparar en la relación entre daño para la competencia y acuerdos de menor importancia ILLESCAS ORTIZ, R y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El campo de aplicación del Derecho de la competencia: los instrumentos jurídicos de la aplicación”, en AA. VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España*, 2ª ed, Tomo I, Barcelona, Bosch, 2017, pp. 121-122. Por otro lado, este es el planteamiento que se sigue indubitadamente en Nueva Zelanda, aunque allí lo consideran simplemente teoría del daño, el cual tiene que ser sustancial y requiere una cierta posición de las empresas. *Vid.* NOONAN, C., *Competition Law...*, cit., pp. 341-345.

<sup>219</sup> TOFFOLETO *et al.*, *Competition law in Italy*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2014, p. 65.

finalmente en un resultado, haya supuesto un riesgo cierto y concreto para la competencia.

El comportamiento contrario al Derecho recogido en el art. 101. 1 TFUE debe ser considerado, por tanto, un ilícito de peligro en el que se sanciona la mera actividad de la empresa. No cabe valorarlo como uno de resultado o de lesión, en el sentido de que exija para su consumación la producción de un resultado o lesión difícilmente reversible (el daño a la competencia). Esto, sin embargo, no es obstáculo para que el principio de lesividad sea de utilidad. Antes bien, en los ilícitos de peligro y mera actividad el contenido de antijuricidad material consiste en la puesta en peligro del bien jurídico<sup>220</sup>. Por este motivo no son admisibles los delitos de peligro abstracto. Cuando hablamos de ilícitos de peligro se hace referencia necesariamente a un riesgo concreto o efectivo (y, por tanto, no meramente teórico) para el bien jurídico<sup>221</sup>. De modo que solo son admisibles ilícitos de peligro concreto en los que queda probado que la acción es idónea o apta para crear un peligro real para el bien jurídico, puesto que un peligro presunto *iure et de iure* es incompatible con el ejercicio de un *ius puniendi* democrático y garantista<sup>222</sup>. Por consiguiente, el acuerdo colusorio no puede basarse en un riesgo de restricción de la competencia hipotético, aunque sea un tipo de mera actividad. Por el contrario, debe requerir que la concurrencia de voluntades sea capaz de afectar a la competencia de forma sensible, con independencia de que efectivamente ésta quede afectada o no. No bastaría el mero deseo de los integrantes del acuerdo.

Ahora bien, pese a que la restricción sensible es un elemento constitutivo del ilícito *antitrust*, la doctrina *de minimis* no implica que la autoridad de la competencia tenga que probar en todo caso el daño o el peligro corrido por el bien jurídico. Cabe la existencia de presunciones *iuris tantum* en virtud de las cuales se presume que existe una restricción sensible de la competencia, si bien es cierto que este aspecto debe admitir prueba en contrario por la parte investigada. Es lo que se puede deducir, a priori, del fallo de la STJUE del caso *Expedia*, el cual se explica, en gran medida, por la innegable relajación que los principios penales presentan en el ámbito administrativo sancionador<sup>223</sup>.

Por otra parte, huelga decir que la normativa *antitrust* existe para la salvaguarda de la libre competencia, y que por ello no basta la mera intención del autor o la exteriorización de la conducta, ni siquiera que se verifique la descripción formalista de la ley. Dicho de otro modo, no restringe la competencia quien quiere, sino quien puede<sup>224</sup>. Así, únicamente cuando el sistema concurrencial resulta significativamente

<sup>220</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, pp. 74-75.

<sup>221</sup> *Ibidem*, pp. 74-75.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>223</sup> STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (asunto C-226/11).

<sup>224</sup> En esta línea se manifiesta de forma contundente ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos...”, cit., p. 10 e ÍDEM., “Los cárteles de chichinabo no deben prohibirse”, *Blog Derecho Mercantil España*, 29 de abril, 2011. Disponible en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com> (Consultado por última vez el 12 de agosto de 2021).



afectado, socavando los beneficios que éste aporta a la sociedad, la sanción cobra sentido. De forma que la norma es tan solo el medio, el instrumento de salvaguarda del bien jurídico protegido<sup>225</sup>. Ante todo, el ilícito *antitrust* supone infringir la norma, pero no en un sentido meramente formal, sino sobre todo material. Es decir, la norma es resultado de una valoración que expresa una fórmula en virtud de la cual se trata de proteger un bien jurídico<sup>226</sup>.

Entendido el ilícito *antitrust* no como infracción formal de la norma, sino como conducta materialmente lesiva de la competencia, carece de sentido la distinción entre antijuridicidad formal (contradicción de la conducta con la ley) y material (contraste con los intereses sociales protegidos)<sup>227</sup>. De hecho, una concepción teleológica de la antijuridicidad “se presenta como una síntesis de la concepción formal y sustancial, y siempre se reviste de carácter unitario”<sup>228</sup>. La antijuridicidad es así una sola, sin ulteriores calificativos<sup>229</sup>. Por este motivo consideramos más correcto y útil hablar en clave de principio de lesividad que entrar en el concepto de antijuridicidad material en el plano administrativo sancionador, cuya complejidad y controversia nos obligaría a desviarnos en exceso de la temática principal de este trabajo.

En síntesis, la concepción de la teoría (o test) de la sensibilidad (o apreciabilidad) como una adaptación del principio de lesividad al Derecho *antitrust*, entraña básicamente tres consecuencias materiales. A continuación, las recapitulamos en aras de la claridad que, como expresivamente afirmaba el maestro GARRIGUES, ha de ser siempre cortesía del jurista:

*Primera.* El legislador y el intérprete jurídico están atados por el principio de lesividad. Por un lado, el legislador no puede, teniendo presente el bien jurídico, adoptar técnicas legislativas reconducibles a una mera voluntad del infractor. Es por eso que el art. 101.1 TFUE no puede interpretarse en un sentido puramente literal desconectado del bien jurídico que en él se protege. Por otro, los intérpretes de la norma tienen la tarea de examinar los ilícitos *antitrust* sin dejar de lado el aspecto de la lesividad. Esto implica que, de todos los significados posibles que se desprenden de la literalidad de la norma, deben anteponer siempre el que se ajusta al principio aquí referido, reputándose lícitas todas las conductas que no restrinjan la competencia de forma sensible o apreciable, aunque formalmente encajen en la descripción legal.

<sup>225</sup> FLAVIO GOMES, L., *Una aproximación...*, cit., p. 379.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 380.

<sup>227</sup> Sobre la distinción entre ambos conceptos, *vid* POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974, pp. 72 y ss.

<sup>228</sup> FLAVIO GOMES, L., *Una aproximación...*, cit., p. 381.

<sup>229</sup> Entre otros, COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 270-271 y RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978, p. 321, quien afirma que “antijuridicidad formal y antijuridicidad material no son sino dos aspectos de un mismo fenómeno. La acción es antijurídica porque contradice una norma jurídica (antijuridicidad formal) y porque, en tanto la contradice, lesiona o pone en peligro los bienes protegidos por la norma (antijuridicidad material)”.

*Segunda.* Los acuerdos colusorios no son una conducta prohibida sobre la base de un elemento subjetivo. No se sanciona lo que el hombre (*rectius*, la empresa) quiere, sino objetivamente, lo que hace, entendiendo ese hacer como una lesión al sistema concurrencial<sup>230</sup>. De esto se extraen dos consecuencias: De una parte, no se requiere (aunque se pueda tener en cuenta) la intencionalidad de los sujetos para encajar su comportamiento en el injusto. Por otra parte, aunque quede probado que el investigado tiene la intención de restringir la competencia de una forma sensible, no se puede subsumir su conducta en la prohibición si ésta pone de manifiesto un mero deseo carente de entidad suficiente para dañar o poner en peligro al sistema concurrencial.

*Tercera.* El art. 101.1 TFUE exige, explícita o implícitamente, la lesión a la libre competencia, sea en la forma de daño efectivo o de peligro<sup>231</sup>. Se explica así que la doctrina *de minimis* opere en el momento de la interpretación y aplicación del TFUE. Se presenta, en rigor, como un criterio hermenéutico de extraordinario valor, resultado de la imposibilidad de sancionar todas las conductas que, en el caso particular, no llegan a afectar al sistema concurrencial, con independencia de que sí ocasionen un perjuicio para alguno o algunos particulares.

Ahora bien, como es evidente, la doctrina *de minimis* entendida desde el prisma del principio de lesividad, presupone la idea de un Derecho *antitrust* del bien jurídico, y éste indiscutiblemente presupone la idea de norma. De modo que el art. 101 TFUE existe para la tutela de algún bien jurídico implicado en las relaciones sociales que ha sido valorado tanto como para constituirse en objeto de protección. En consecuencia, el bien jurídico ha de ser el término de referencia del principio de lesividad<sup>232</sup>. Por ello, para poder determinar si la conducta ha dañado o puesto en peligro al bien jurídico protegido por el Derecho *antitrust* se ha de precisar, antes que nada, cuál es éste. Esto a simple vista parece sencillo, pues la respuesta es bastante intuitiva: la libre competencia.

En efecto, la libertad jurídico-económica alcanzada tras la revolución francesa, si bien suprime las barreras gremiales y permite la formación de núcleos industriales y comerciales deja, empero, vía libre a las concertaciones restrictivas de la competencia, los monopolios privados y los abusos de posición de dominio<sup>233</sup>. De esa forma, la libre competencia

<sup>230</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los cárteles de...”, cit.

<sup>231</sup> Coincide con nosotros BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 539. Por otro lado, la referencia a que puede estar explícito o implícito en el tipo se debe a que en algunos EEMM la sensibilidad de la restricción de la competencia está en el tipo de forma explícita. Esto se podrá observar con detenimiento en la 2ª parte de este trabajo, donde se incluyen algunas referencias al Derecho comparado. No obstante, como ya sabemos, en el TFUE ha de considerarse implícito, puesto que no hay una mención expresa en el art. 101.1 TFUE.

<sup>232</sup> GIUSINO, M. P., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 3 *apud*. FLAVIO GOMES, L., Una aproximación..., cit., p. 288.

<sup>233</sup> FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, cit., pp. 87-105.

económica sufre desde el mismo momento de su nacimiento una progresiva necrosis<sup>234</sup>. Constatada esta situación contradictoria y lesiva para los mismos fundamentos del sistema de las libertades económicas y su eficiencia, son los propios empresarios los que piden al poder estatal una intervención legislativa que vete la posibilidad de realizar actos que falseen el funcionamiento eficiente de la competencia. De modo que el Derecho *antitrust* surge, precisamente, como antídoto contra la propia autodestrucción de la consagrada libertad económica que fundamenta el nuevo orden económico con el que se inicia el siglo XIX, el cual presupone, como es sabido, la libre competencia.

Sin embargo, aunque parezca claro que el bien jurídico protegido por el Derecho *antitrust* es, indudablemente, la competencia, lo cierto es que no resulta fácil saber qué debemos entender por ésta<sup>235</sup>. En síntesis, se pueden encontrar dos formas de concebir el sistema de competencia protegido<sup>236</sup>:

1ª). Por un lado, el modelo atomista, centrado en la estructura de mercado. En él, lo más importante es el número de operadores económicos existente, considerándose que la situación a la que aspira la norma es la competencia perfecta que, como se sabe, se identifica con un modelo teórico o de laboratorio con difícil aplicación práctica.

2ª). Por otro lado, encontramos aquel otro modelo en el que lo relevante son las consecuencias económicas. Así, se considera admisible una reducción de los productores siempre que no perjudique a la eficiencia del sistema. En este segundo caso la normativa *antitrust* se encargaría de proteger una competencia imperfecta, pero eficiente, funcional o practicable (*workable competition*)<sup>237</sup>.

El TFUE no aclara expresamente qué modelo de competencia es el más relevante a la hora de interpretar el art. 101 TFUE. Pero predomina con claridad, en todo caso, la segunda de las concepciones expuestas, esto es, la llamada competencia efectiva, eficiente o practicable.<sup>238</sup>

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>235</sup> Por todos, FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia...*, cit., p. 38.

<sup>236</sup> VELASCO SAN PEDRO, L., “Restricción de...”, cit., p. 627.

<sup>237</sup> El término de competencia efectiva o funcional (*workable competition*) fue propuesto por CLARK en 1940, si bien posteriormente ha sido desarrollado y/o cuestionado por infinidad de autores. Sobre este término, *vid.*, CLARK, J.M., “Toward a concept of workable competition”, *American economy review*, vol. 30, núm. 2, 1940, pp. 241-256; MARKHAM, J.W., “An alternative approach to the concept of workable competition”, *The American Economic Review*, vol. 40, núm. 3, 1950, pp. 349-361; PETIT, N., *Droit Européen de la Concurrence*, 2<sup>th</sup> ed, Issy les Moulineaux, Lextenso éditions, 2018, p. 290 y ADAMS, W., “The “Rule of Reason”: Workable Competition or Workable Monopoly?”, *Yale Law Journal*, núm. 63, 1954.

<sup>238</sup> Entre otros, GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, Montecorvo, 1977, pp. 36-46 y GÓMEZ SEGADE, J.A., “Panorámica del derecho de la libre competencia en la C.E.E”, *ADI*, t. V, 1978, pp. 72-74.

De hecho, el TJUE ha sostenido que la competencia no falseada a la que se refiere la norma “implica la existencia de una competencia eficaz en el mercado (*workable competition*) es decir, de la dosis de competencia necesaria para que se respeten las exigencias fundamentales y se alcancen los objetivos del TFUE”<sup>239</sup>. Esto es lógico, sobre todo si se piensa que, como reconocen la mayoría de economistas y juristas, el intento de reproducir las condiciones de competencia perfecta en todos los mercados de bienes y servicios está destinado a fracasar, e incluso llega a ser contraproducente<sup>240</sup>.

En realidad, la libre competencia “no es un valor normativo absoluto e indeclinable, ni un fin en sí mismo”<sup>241</sup>. Por el contrario, su función es más bien instrumental, especialmente respecto a la realización del valor ordinamental superior de competencia económica socioeconómicamente eficiente. El propósito normativo de TFUE no es, por consiguiente, “la defensa absoluta de la libertad de competencia, ni la represión implacable y ciega de toda práctica restrictiva prohibida *ex art.* 101, sino más bien la defensa y promoción de un modelo ordinamental de conductas concurrenciales de las empresas; conductas que son controladas y enjuiciadas no por sus modales de comportamiento, sino más bien por sus resultados socioeconómicamente eficientes o ineficientes”<sup>242</sup>.

La libre competencia es, de hecho, un valor graduable e incluso declinable, en cuanto que legalmente excluible y jurídicamente negociable<sup>243</sup>. A nuestro juicio, esto se comprueba al reparar en el diálogo normativo que se establece entre la prohibición y las exenciones del art. 101 TFUE, el cual pone de manifiesto que la función de la normativa *antitrust* no es la defensa incondicional de la libertad de la competencia. Antes bien, es la promoción de un modelo de competencia en el que se tienen en consideración la libertad empresarial, la economía en general y los intereses de los consumidores y usuarios, en aras de asegurar la máxima eficiencia del sistema económico competitivo<sup>244</sup>. Por esta razón, el legislador comunitario

<sup>239</sup> STJUE de 25 de octubre de 1977, *Metro* (asunto C-26/76), apdo. 20°. En términos similares, encontramos la STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef Industry* (C-209/07), apdos. 31° y 32°.

<sup>240</sup> GÓMEZ POMAR, F., “La relació entre normativa sobre proteccio de consumidors i normativa sobre defensa de la competència. Una visió des de l’anàlisi econòmica del dret”, *Indret*, núm. 1, 2003, p. 4. En este mismo sentido se muestra también FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, cit., p.34 al afirmar que todo intento de elaborar una noción jurídica de competencia útil y operativa en la aplicación del Derecho de la competencia requiere tener en cuenta las características socioeconómicas del régimen u orden del mercado en la que se genera y desarrolla la competencia, y que por ello, los economistas modernos dicen que la competencia imperfecta (*workable competition*) es la única perseguible. Asimismo, también reconocen que las condiciones teóricas para una competencia perfecta son realmente restrictivas, y que normalmente no se dan en la práctica, GALÁN CORONA, E., “Capítulo 4. Prohibición de prácticas colusorias”, en AA. VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAILLO, J), *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España*, 2ª ed, Tomo I, Barcelona, Bosch, 2017, pp. 261-262; ALONSO NUEZ, M.J y ROSELL MARTINEZ, J., “Competencia imperfecta, regulación y política de defensa de la competencia”, *Economía Aragonesa*, junio, 2015, p. 111 y MARTÍN, M.J y OCAÑA, C., “Competencia practicable y regulación”, *Moneda y crédito*, núm. 206, 1998, p. 90.

<sup>241</sup> FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, cit., p. 283.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 283.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 285.

parte del convencimiento de que el funcionamiento más eficiente del mercado es aquél que se basa en la libertad de competencia, pero, poco después, reconoce que éste se puede conseguir en situaciones de competencia restringida. En ese caso, se concluye que la libertad de competencia resulta eclipsada por la noción de competencia eficiente.

El bien jurídico protegido por la normativa *antitrust* es, por tanto, la competencia efectiva<sup>245</sup>. Con esta expresión, se hace referencia a un régimen de concurrencia capaz de promover en cada momento la máxima eficiencia económica y social atendida la situación concreta<sup>246</sup>.

A este planteamiento casuístico debe adecuarse tanto la política de competencia desarrollada por la CE como la interpretación efectuada por el TJUE de las conductas que ante su jurisdicción sean denunciadas. Se han de tomar en consideración los costes reales que el propio sistema concurrencial genera, y desarrollar así una política de competencia en defensa del empleo, de la productividad y de los intereses de los consumidores y usuarios<sup>247</sup>.

En este sentido, cabe destacar que desde una perspectiva a largo plazo, una configuración eficiente y dinámica de la industria a veces requiere de una situación de competencia imperfecta. La razón estriba en que los beneficios empresariales extraordinarios que existen en el oligopolio respecto de la situación de competencia perfecta son, en realidad, incentivos a la inversión de largo plazo, lo que remedia buena parte de las connotaciones negativas comúnmente atribuidas a la competencia oligopolista<sup>248</sup>. Hay sectores como el financiero, el energético o el farmacéutico en los que la existencia de oligopolios se identifica con una configuración eficiente. En estos tres ejemplos la pérdida de bienestar debido al poder de mercado se compensa en parte por la solvencia del sistema, la seguridad del suministro o la innovación en salud. Es por ello por lo que la mera existencia de estas estructuras no es un problema. Lo es que mediante un acuerdo o un abuso de ese poder de mercado se falsee el desarrollo eficiente (y en cierto modo, natural) de una industria.

En definitiva, el carácter dinámico y eficiente de la competencia que se mantiene en la UE exige que la prohibición del art. 101.1 TFUE no sea aplicable a acuerdos que, aun reuniendo los elementos constitutivos previstos en dicha norma, no

<sup>245</sup> De acuerdo con esta idea ALONSO SOTO, R., “El interés público en la defensa de la competencia”, en AA. VV (dirs. MARTÍNEZ LAGE, S y PETITBÒ JUAN, A), *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 34.

<sup>246</sup> FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, cit., pp. 42-43.

<sup>247</sup> BENEYTO PÉREZ, J.M y TRONCOSO FERRER, M., “Objeto, evolución y perspectivas del Derecho de la competencia”, en AA. VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España*, 2ª ed, Tomo I, Barcelona, Bosch, 2017, pp. 38-39; GALÁN CORONA, E., “Prohibición de prácticas...”, cit., pp. 261-262; DEMSETZ, H., “La economía como guía para la regulación *antitrust*”, *Cuadernos Económicos del ICE*, núm. 18, 1981, p. 48 y FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia...*, cit., p. 43.

<sup>248</sup> ALONSO NUEZ, M.J y ROSELL MARTINEZ, J., “Competencia imperfecta...”, cit., p. 114.

produzcan un efecto perjudicial sensible sobre la libre competencia o sobre el comercio entre los EEMM<sup>249</sup>.

Por tanto, no cabe aplicar la prohibición general del art. 101.1 TFUE sin antes calibrar el daño o peligro cierto que ha sufrido la competencia eficiente o productiva<sup>250</sup>. De ahí que la doctrina *de minimis*, entendida como la transcripción del principio de lesividad al Derecho *antitrust*, suponga admitir que solo es ilícita aquella conducta que daña o pone en peligro cierto la eficiencia del sistema concurrencial<sup>251</sup>. De lo contrario, no queda justificada la intervención del Derecho administrativo sancionador, ya que se trataría de una conducta inocua para el interés público (en una competencia no falseada).

Pese a lo que acabamos de exponer, no desconocemos que el art. 101.1 TFUE y la doctrina *de minimis* pueden entenderse de una manera diferente a la propuesta que aquí efectuamos, esto es, sin relación alguna con el principio de lesividad y con la competencia practicable en cuanto que bien jurídico protegido por la norma. Ahora bien, las posibles teorías alternativas sobre esta materia no llegan a satisfacernos por tener difícil encaje en el conjunto del Derecho *antitrust*. Las opciones son básicamente dos. A continuación, las exponemos al mismo tiempo que las descartamos.

*Primera. La doctrina de minimis como reflejo del principio de proporcionalidad.* En principio, cabe pensar que las conductas de menor importancia responden al principio de proporcionalidad, en virtud del cual la sanción no se justifica habida cuenta de que el daño o peligro para la competencia ha sido escaso. En este supuesto sí habría un daño o peligro para la competencia efectiva, pero tan poco relevante que la medida a aplicar, esto es, la nulidad del acuerdo y la correspondiente sanción administrativa, se estima desproporcionada en consideración al resultado anticoncurrencial derivado de la práctica o conducta analizada.

Este planteamiento, *a priori*, es posible en la UE puesto que, a diferencia de algunos ordenamientos de los EEMM, en el Derecho comunitario la proporcionalidad ha de ser tenida en cuenta no únicamente en la determinación de la sanción, sino también en el examen previo que ha de efectuarse para determinar si una conducta ha

<sup>249</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L y CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil...*, cit., p. 294; CURTO POLO, M.M., “Prohibición de las conductas...”, cit., p. 115; SCHAPIRA, J; LE TALLEC, G y BLAISE, J.B., *Droit Européen...*, cit., pp. 237-238 y MIRANDA SERRANO, L.M., “La problemática *antitrust*...”, cit., p. 710. En contra, PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia”, en AA. VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2007*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 88.

<sup>250</sup> Muy claro en este sentido se muestra ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los cárteles de...”, cit., por considerar que las empresas que realizan estas conductas “ni separada ni conjuntamente pueden influir sobre las condiciones de mercado”.

<sup>251</sup> *Ibidem*.

de sancionarse o no<sup>252</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, esta tesis encuentra dos obstáculos que no pueden obviarse:

1º). Por un lado, requiere una concepción tan amplia del bien jurídico protegido por la norma que parece llegar a identificarlo con la noción de competencia perfecta, pues solo así puede entenderse que cualquier reducción de la competencia pueda ser considerada un estorbo para el sistema concurrencial. Ahora bien, sin abstraernos totalmente de la realidad, es muy difícil (por no decir imposible) que podamos mantener una visión proclive a la competencia perfecta.

2º). Por otro lado, el recurso a un bien jurídico de amplio espectro parece incompatible con el Derecho administrativo sancionador en general y con la noción de ilícito *antitrust* en particular<sup>253</sup>. Más aún si tenemos en cuenta la existencia de la disciplina de la competencia desleal, a la que el legislador le encomienda la protección de intereses no enteramente coincidentes con los propios del Derecho *antitrust*, ocupándose de pequeñas distorsiones concurrenciales que no llegan a afectar al sistema, pero que sí pueden perjudicar a unos pocos participantes del mercado.

*Segunda. La doctrina de minimis como circunstancia que opera en la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad, pero no en la tipicidad.* En el planteamiento que hemos defendido, el carácter *de minimis* de una práctica excluye la realización del tipo<sup>254</sup>. De modo que cuando se lleva a cabo un acuerdo de menor importancia en realidad ni siquiera se realiza el hecho típico fijado en la norma. La lógica que hay detrás de esto es simple: como el tipo exige un daño o peligro cierto para la competencia, si la conducta no tiene una entidad suficiente para ello falta un elemento (aunque sea implícito) del tipo; y por eso no hay lugar a ninguna infracción (y, consecuentemente, tampoco procede sanción *antitrust* alguna, ni civil ni administrativa)<sup>255</sup>.

En esta dirección, el principio de lesividad está estrechamente vinculado al principio de legalidad<sup>256</sup>. Quiere con ello decirse que la existencia del ilícito *antitrust* está condicionada y limitada por la legalidad, es decir, por la tipicidad<sup>257</sup>. Ahora bien, hay quien podría considerar que la doctrina *de minimis* no afecta a la tipicidad, como

<sup>252</sup> STJUE de 8 de julio de 2020, *VQ v. European Central Bank* (T-203/18), apdos. 61º y 62º.

<sup>253</sup> FLAVIO GOMES, L., *Una aproximación...*, cit., pp. 350-351.

<sup>254</sup> De acuerdo con esta tesis ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., p. 25.

<sup>255</sup> JONES, A., “Completion of the revolution in antitrust doctrine on restricted distribution: Leegin and its implications for EC Competition law”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 53, núm. 4, 2008, p. 944 y TOFFOLETO *et al.*, *Competition law...*, cit., p. 65.

<sup>256</sup> FLAVIO GOMES, L., *Una aproximación...*, cit., p. 393.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 393.

aquí mantenemos, sino a la antijuridicidad, a la culpabilidad o a la punibilidad, en el sentido que exponemos a continuación.

1º) En lo que atañe a la *antijuridicidad*, puede pensarse que nuestro objeto de estudio en realidad consiste en una “norma de autorización” formulada por la jurisprudencia y la práctica de la CE<sup>258</sup>. Merced a ella, el autor de una conducta de menor importancia no actúa antijurídicamente, ya que la doctrina *de minimis* opera como una causa de justificación de la acción. En este supuesto, la teoría del interés preponderante nos viene a decir que la competencia efectiva se ve dañada o puesta en peligro por este tipo de conductas, pero que por algún otro interés superior (por ejemplo, el desarrollo o fortalecimiento de las PYMES), la conducta es típica pero no antijurídica<sup>259</sup>.

2º). En lo que respecta a la *culpabilidad*, puede argumentarse que la conducta de menor importancia es un hecho típico y antijurídico, pero no culpable. El fundamento residiría en el principio de confianza legítima, ya que, si la autoridad administrativa de defensa de la competencia o el TJUE no sancionan una conducta en un determinado supuesto teniendo en cuenta algún criterio, como, por ejemplo, la baja cuota de mercado, cabe esperar que ante un mismo comportamiento e igual o inferior cuota de mercado tampoco llegaría a imponerse sanción alguna. Esto adquiere mayor lógica si acudimos a las Comunicaciones en la materia dictadas por la CE, en virtud de las cuales no se puede sancionar a las empresas que realicen conductas cubiertas por estos documentos. Por ahora nos limitamos meramente a apuntar esta idea. Más adelante, cuando abordemos la diferenciación que ha de realizarse entre la doctrina *de minimis* y las Comunicaciones sobre menor importancia, que no son una misma cosa, volveremos de nuevo sobre ella y sobre el principio de confianza legítima.

3º). En lo que concierne, finalmente, a la *punibilidad*, puede mantenerse que un acuerdo *de minimis* es un hecho típico, antijurídico y culpable, pero no punible. La justificación de esta solución reside en que la autoridad de la competencia decide, libremente, dentro de sus facultades discrecionales, no intervenir. Desde esta forma de concebir la menor importancia o el test de la sensibilidad, en realidad, la doctrina *de*

<sup>258</sup> En contra, PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 87.

<sup>259</sup> De hecho, el desarrollo o fortalecimiento de las PYMES es el fundamento del art. 3 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley de Defensa de la Competencia alemana), de 26 de agosto de 1998, el cual prevé una excepción para acuerdos colusorios realizados por empresas de escaso tamaño siempre que a) no afecten de forma apreciable a la competencia y b) mejoren la competitividad de las PYMES. Sobre esta excepción pueden consultarse, entre otros, GRAUEL, H y MACK, W., *Das Mittelstandskartell in der Praxis*, Köln, Deutscher Wirtschaftsdienst, 1979, *passim* y DREHER, M y KÖRNER, J., “Germany”, en AA. VV (dir. KÉLLEZI, P; KILPATRICK, B & KOBEL, P), *Antitrust for SMA undertakings and image protection from no competitors*, London, Springer, 2014, pp. 131-133.



*minimis* responde al principio de oportunidad, y no reviste ninguna diferencia reseñable que la separe de la regla *Automec* más arriba analizada<sup>260</sup>.

Para finalizar este apartado, huelga decir que no se comparten las últimas tres teorías someramente expuestas. Antes bien, reiteramos que la solución que nos parece más adecuada es aquella que concibe la doctrina *de minimis* como una transcripción del principio de lesividad y, en consecuencia, sitúa el eje de referencia de su interpretación en el daño o el peligro corrido para la competencia efectiva. En rigor, la razón por la que se descarta ubicar la apreciabilidad de la restricción de la competencia en la antijuricidad, la culpabilidad o la punibilidad es doble:

1ª). Por un lado, porque los tres planteamientos sumariamente referidos presuponen que ha existido un daño o peligro para la competencia efectiva. Y ello a pesar de que la restricción de la competencia no se considere apreciable, sensible o significativa. Además, en todos ellos se parte de entender que la conducta de menor importancia es en sí típica, y por tanto, ilícita, aunque finalmente no se sancione.

2ª). Por otro lado, las tres propuestas rechazadas implican que el carácter *de minimis* de una práctica es, realmente, una concesión graciosa de la CE o el TJUE, lo que a su vez significa que no existe parámetro de valoración que pueda usar el intérprete para dicho cometido, más allá de las comunicaciones de la CE y los precedentes del TJUE.

Como podrá comprobarse a lo largo de este trabajo, estamos lejos de compartir estas premisas. De ahí que rechacemos que el test de sensibilidad o apreciabilidad tenga cabida en la antijuricidad, la culpabilidad o la punibilidad. A nuestro juicio, su encaje correcto ha de hacerse en la noción de tipicidad.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> Así lo sostendría, aparentemente, BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 676. Sin embargo, no es menos cierto que el autor advierte antes de hablar del principio de oportunidad que eso es “en concepción de la CE”, lo cual es indiscutible, ya que es cierto que la CE siempre ha visto la Comunicación *de minimis* como una expresión de este principio.

<sup>261</sup> Tesis coincidente con la sostenida por ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., p. 25 y RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4. Las conductas...”, cit., p. 155. Diside, en cambio, PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 81.

## II. LA CUESTIÓN DE LA LICITUD O ILICITUD DE LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA

Acabamos de exponer en el epígrafe precedente que en la UE se mantiene una noción razonable de los términos restricción de la competencia (*ex art. 101.1 TFUE*), y que los acuerdos de menor importancia están excluidos de ella merced al principio de lesividad y del bien jurídico protegido por el Derecho *antitrust*, que no es otro que la competencia practicable<sup>262</sup>.

Una vez expuestas estas ideas, es el momento de abordar una cuestión relevante de la que, con mayor o menor fortuna, siempre se ha ocupado la doctrina que ha venido prestando atención a las conductas *de minimis*. Nos referimos, en concreto, al problema de su licitud o ilicitud.

La importancia de este asunto es indiscutible. El análisis de nuestro objeto de estudio no podría considerarse completo si eludiésemos este menester. Se trata, en suma, de averiguar si este tipo de acuerdos son ilícitos, pero no perseguibles por las autoridades de la competencia (lo que respondería a la máxima “*de minimis praetor non curat*”) o si se trata, en cambio, de conductas ubicadas fuera de la prohibición legal y, por ende, no afectadas de ilicitud (lo que se correspondería con el apotegma “*de minimis lex non curat*”).

Como se desprende de todo lo hasta ahora expuesto, es claro que aquí nos posicionamos a favor de la tesis mayoritaria, claramente partidaria de defender la licitud (y, por tanto, la legalidad) de los acuerdos *de minimis*<sup>263</sup>. La jurisprudencia del TJUE sobre la materia, el enfoque dado a este asunto por la CE, así como los argumentos de que se vale la doctrina mayoritaria para fundamentar la licitud de este tipo de conductas de mercado, compelen, desde luego, a que nuestra opinión sobre la materia no pueda ser otra.

Ahora bien, dado que esta investigación persigue comprender de la mejor manera posible el significado, alcance y tratamiento *antitrust* de los acuerdos que no afectan de forma apreciable o sensible a la competencia, nos vemos en la obligación de reflexionar sobre los motivos que podrían justificar que, pese al consenso existente sobre este asunto, haya quien todavía hoy desconfíe de la legalidad o licitud de este tipo de conductas.

<sup>262</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L y CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil...*, cit., p. 294 y CURTO POLO, M.M., “Prohibición de las conductas...”, cit., p. 115.

<sup>263</sup> Así lo exigiría la noción realista de los términos restricción de la competencia, según han señalado (a nuestro juicio, acertadamente) PETIT, N., *Droit...*, cit., p. 323 y MIRANDA SERRANO, L.M., “La problemática *antitrust*...”, cit., p. 682.

Ha de quedar claro, no obstante, que asumimos la tarea apuntada (dirigida a identificar las posibles objeciones que podrían oponerse a la teoría de la licitud de estos comportamientos), no con el propósito de poner de manifiesto dudas o puntos débiles achacables a nuestra posición sobre el tema (que es claramente defensora de la licitud y, por tanto, coincidente con la sostenida mayoritariamente por la doctrina). Nuestra intención es muy distinta y consiste en introducir un conjunto de matices que, desde nuestro punto de vista, pueden revestir utilidad para entender mejor la tesis o solución de la licitud en relación con sus réplicas.

Para tratar este asunto exponemos, en primer lugar, la opinión mayoritaria que sigue la comunidad jurídica en esta materia [*infra*, 1]. Acto seguido, señalamos algunas objeciones a las que esta postura predominante ha tenido que enfrentarse [*infra*, 2]. Más adelante, tratamos de conciliar la tesis mayoritaria y sus objeciones, a la par que brindamos unas conclusiones acerca de las implicaciones que tiene la solución de la licitud de estos acuerdos para los programas de clemencia y la aplicación privada del Derecho *antitrust* [*infra*, 3].

### **1. La tesis mayoritaria: la licitud de los acuerdos *de minimis***

En las páginas precedentes ha quedado claro que la noción de restricción de la competencia que impera en la UE no es formalista, sino flexible o razonable. E igualmente se ha puesto de manifiesto sin ambages que una conducta que no afecta de forma apreciable o significativa a la competencia está excluida de dicho concepto. Ahora tratamos de argumentar la legalidad o licitud de los acuerdos que no pueden afectar de forma sensible, significativa o apreciable a la competencia y, por tanto, resultan excluidos de la noción de restricción concurrencial del art. 101.1 TFUE.

Para ello, primeramente, comentaremos (al menos en los aspectos fundamentales) la relación existente entre el principio de lesividad, la tipicidad y la legalidad [*infra*, 1.1]. Seguidamente, pondremos de relieve cómo el TJUE comparte esa misma relación, lo que le lleva a considerar lícitos los acuerdos *de minimis*, en la misma dirección seguida por la doctrina y la CE [*infra*, 1.2]. Procedemos de este modo básicamente por los siguientes motivos que no nos resistimos a exponer con anterioridad a entrar en el desarrollo del asunto:

*Primero.* Para comenzar a examinar la legalidad de los comportamientos que no afectan de forma apreciable o sensible a la competencia, conviene reparar en la relación que hay entre el principio de lesividad, que se presenta como el fundamento de la doctrina *de minimis*, y la noción de tipicidad. No en vano, dicha conexión pone de manifiesto que si el daño o la puesta en peligro del bien jurídico protegido es un elemento del tipo, en caso de que falte dicho elemento, el tipo no llega a realizarse. Un

acuerdo de menor importancia es así, sencillamente, un pacto que se sitúa fuera del tipo, esto es, al margen del ilícito *antitrust* recogido en el art. 101.1 TFUE. Consecuentemente, no puede considerarse ilícito y prohibido, pues no habría base jurídica para ello.

*Segundo.* Una vez se conoce y comprende la relación entre el principio de lesividad y las nociones de tipicidad y legalidad, resulta conveniente exponer la postura que la doctrina, el TJUE y la CE han mantenido sobre la cuestión de la licitud o ilicitud de los acuerdos de menor importancia desde su mismo origen. Ello nos permitirá constatar (empezando por la doctrina, pasando por el TJUE y acabando por la CE) la existencia de una tendencia clara e indubitada a favor de la licitud de este tipo de comportamientos concurrenciales. De ahí que propongamos su encaje en la máxima “*de minimis lex non curat*”.<sup>264</sup>

### *1.1. La noción de tipicidad y el principio de legalidad*

Normalmente utilizamos la palabra tipicidad para hacer referencia a dos cuestiones<sup>265</sup>. Por un lado, como expresión genérica de lo que sería el primer elemento dogmático del concepto de delito, esto es, como contenido de las características generales que han de concurrir en una conducta para que se origine la intervención penal. Por otro lado, como cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando encaja en el supuesto de hecho de una norma. En este segundo sentido, la tipicidad no es más que la adecuación del hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la norma penal<sup>266</sup>.

Ahora bien, existen conductas típicas a priori que no son antijurídicas. Así ocurre cuando, pese a tratarse de comportamientos formalmente típicos, están desprovistos de antijuricidad por su escasa lesividad material. Para aludir a estos comportamientos se utiliza la expresión “conductas de bagatela”<sup>267</sup>. Con ella se alude a comportamientos que resultan admisibles siempre que no atenten realmente contra el bien jurídico protegido por la norma. Razón por la cual resultan finalmente excluidos de la tipicidad<sup>268</sup>. Se diferencian de aquellos otros comportamientos que, pese a ser formalmente típicos, incluso imputables desde un punto de vista objetivo, incurrir en alguna causa de justificación.

<sup>264</sup> Coincide PETIT, N., *Droit...*, cit., p. 323.

<sup>265</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación...*, cit., p. 62.

<sup>266</sup> MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 8ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 204.

<sup>267</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación...*, cit., p. 63.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 63.

En efecto, las conductas de bagatela se excluyen de la tipicidad porque en el ejercicio de subsunción de unos hechos probados en el ilícito descrito por la norma, “el juzgador ha de constatar una relación exterior y objetiva entre un comportamiento que actúa como causa y unas consecuencias derivadas de ella, que responderían a las características del resultado típico. Esta constatación de la relación entre acción y resultado es requisito previo para, después, investigar si esa relación genera responsabilidad penal”<sup>269</sup>. De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, ha de atenderse al *principio del riesgo*, el cual es consecuencia de la *ponderación entre los bienes jurídicos y la libertad individual* según el principio de proporcionalidad<sup>270</sup>. No en vano, la función principal de la norma es la protección de bienes jurídicos, por lo que *toda conducta típica, en primer lugar, ha de crear un peligro para el bien jurídico protegido*. La intervención penal solo empieza a partir del momento que se excede el riesgo permitido, de ahí que por debajo no exista hecho típico<sup>271</sup>. Así, con la inclusión del riesgo permitido en el ámbito del tipo se introduce un elemento normativo que acerca la norma a la realidad, al permitir adecuar el caso concreto objeto de juicio a los principios del Derecho penal<sup>272</sup>.

Cierto es, empero, que el concepto de delito de bagatela no está ni dogmática ni legalmente reconocido. Sin embargo, también lo es que la mayoría de la doctrina que lo aborda suele referirse a él para hablar de hechos contemplados en las leyes penales cuya entidad es tan escasa y cuyo daño al bien jurídico protegido es tan irrelevante, que no justifican la intervención penal<sup>273</sup>.

Pues bien, en nuestra opinión, los acuerdos de menor importancia responden a un planteamiento similar a las conductas de bagatela. Así nos lo parece por cuanto que se trata de conductas que, merced a su débil o escasa entidad, dudosamente puede sostenerse que suponen un impedimento, restricción o falseamiento de la competencia en el mercado. En rigor, faltaría en ellas un elemento del tipo<sup>274</sup>. Esto sin perjuicio de que, en esencia, puedan responder a un elemento subjetivo similar al de un ilícito *ex art. 101.1 TFUE* que justifique la intervención de alguna rama del ordenamiento

<sup>269</sup> *Ibidem*, pp. 128-129.

<sup>270</sup> WOLTER, J., “La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal”, en AA.VV (ed. GIMBERNAT, E.), *Omisión e imputación objetiva en el derecho penal: jornadas Hispano-Alemanas de derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como doctor "Honoris Causa" por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 68.

<sup>271</sup> Ahora bien, según DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación...*, cit., p. 132, el riesgo permitido no debe ser establecido con carácter general, a priori. Por el contrario, éste depende de dos factores a examinar en el caso concreto: la trascendencia social de la conducta y la proximidad de la lesión a los bienes jurídicos.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>273</sup> ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991, p. 23.

<sup>274</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al derecho de defensa de la competencia”, en AA.VV (dir. GUILLÉN CARAMÉS, J), *Derecho de la competencia y la regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Cizur Menor, Civitas, 2011, p. 110.

distinta del Derecho *antitrust*, como, por ejemplo, el Derecho de la competencia desleal<sup>275</sup>.

En efecto, los penalistas, apoyados en el principio de intervención mínima, han visto en la descriminalización la única solución posible a la problemática de los delitos de bagatela<sup>276</sup>. En particular, entre los medios descriminalizadores destaca la creación de “subespecies específicas” de determinados tipos penales que no constituyen delito cuando sus consecuencias son insignificantes<sup>277</sup>.

Pues bien, desde nuestro punto de vista, los acuerdos *de minimis* son, precisamente, una subespecie dentro de los acuerdos colusorios que se encuentra al margen de la infracción concurrencial. Esta conclusión, además, es conforme con la progresiva evolución que el Derecho *antitrust* europeo viene experimentando hacia una concepción más realista y respetuosa con la ciencia económica (*more economic approach*)<sup>278</sup>.

Cierto es que los acuerdos de menor importancia, al ser materia propia del Derecho *antitrust*, no responden al concepto de tipicidad penal, sino más bien a la noción de tipicidad propia del Derecho administrativo. Por ello puede haber quien, con apoyo en esta idea, ponga en duda la utilidad del concepto de delito de bagatela para interpretar correctamente la doctrina *de minimis*.

Ahora bien, el principio de tipicidad en sede administrativa ha de entenderse como un mandato a los aplicadores de la norma sancionadora que impide al órgano que ha de aplicarla actuar frente a comportamientos situados fuera de las fronteras delimitadas por dicha norma; lo que, en suma, nos lleva a idéntica conclusión que la resultante de equiparar acuerdos de menor importancia con delitos de bagatela<sup>279</sup>.

Además, no podemos ocultar que la tipicidad en el ámbito administrativo sigue una clara inspiración penal. Aunque es cierto, al mismo tiempo, que reviste algunos caracteres propios que ponen de manifiesto una cierta modulación respecto del ámbito

<sup>275</sup> Sobre la relación entre el Derecho *antitrust* y la competencia desleal es de obligada mención FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, *passim*.

<sup>276</sup> Entre otros, BARATTA, A., *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, B de F, 2004, *passim* y FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, *passim*.

<sup>277</sup> ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pp. 26-27.

<sup>278</sup> Vid, IBÁÑEZ COLOMO, P y LAMADRID, A., “On the notion of restriction ...”, cit., *passim*; GYSELEN, L., “What makes an agreement...”, cit., p. 113 y BENEYTO PÉREZ, J.M y TRONCOSO FERRER, M., “Objeto, evolución y perspectivas...”, cit., pp. 45-46.

<sup>279</sup> PEREZ NIETO, R y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Volumen I, Madrid, Consejo General del Poder Judicial/Fundación Wellington, 2008, pp. 100 y 119.

criminal. Esa modulación se observa claramente, por ejemplo, en lo que respecta a la taxatividad y al uso de conceptos jurídicos indeterminados<sup>280</sup>.

En cuanto a la taxatividad, ésta exige que las descripciones realizadas por la norma sancionadora lo sean en términos precisos. No obstante, es asumido por la doctrina administrativista que tal requerimiento no es siempre posible que tenga lugar en un nivel óptimo en el ámbito administrativo<sup>281</sup>. De modo que en ciertas ocasiones resulta inevitable que la descripción de infracciones sea realizada a través de conceptos con cierto grado de vaguedad o indeterminación<sup>282</sup>.

Bien es cierto que estos conceptos jurídicos indeterminados no son contrarios al principio de legalidad sancionadora, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios técnicos, lógicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada por la norma<sup>283</sup>.

Cabe así afirmar que, dados unos hechos probados, la valoración sobre si son o no típicos admite en el ámbito administrativo-sancionador cierto grado de apreciación por razones de *la naturaleza abstracta de la norma o de la vaguedad del lenguaje empleado* en su redacción, sobre todo cuando están implicados conceptos jurídicos indeterminados<sup>284</sup>. En este sentido, es claro e indubitado que la noción de restricción de la competencia del art. 101.1 TFUE se presenta como un concepto jurídico indeterminado que solo la técnica y la experiencia pueden determinar en su aplicación a los casos concretos.

Por ello tampoco puede dudarse de que la valoración acerca de si un acuerdo supone una auténtica restricción de la competencia en el sentido del art. 101.1 TFUE admite cierto grado de apreciación, debido a la abstracción y vaguedad de los términos utilizados por el legislador. En rigor, abstraídos de la experiencia y del caso concreto, parece inviable establecer una línea divisoria entre acuerdos de mayor y de menor importancia.

---

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 101; FELTRER RAMBAUD, L., “Principios de la potestad...”, cit., pp. 151-159 y MESEGUER YEBRA, J., *La tipicidad de las infracciones en el procedimiento administrativo sancionador*, Barcelona, Bosch, 2001, p.8.

<sup>281</sup> *Vid.*, REBOLLO PUIG, M., “Los principios de la potestad sancionadora en la ley española de régimen jurídico del sector público”, en AA.VV (coord. ROJAS RODRÍGUEZ, H.F.), *Derecho Administrativo sancionador*, Breña, Instituto Pacífico, 2017, pp. 68-69; PEREZ NIETO, R y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *Principios...*, cit., p. 120 y MESEGUER YEBRA, J., *La tipicidad...*, cit., p. 27.

<sup>282</sup> REBOLLO PUIG, M., “Los principios de la potestad...”, cit., pp. 68-69.

<sup>283</sup> MESEGUER YEBRA, J., *La tipicidad...*, cit., pp. 27-28.

<sup>284</sup> PEREZ NIETO, R y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *Principios...*, cit., p. 120.

Lo anterior implica, en suma, que la determinación del carácter sensible de la restricción no sea algo accesorio o accidental en el examen del art. 101.1 TFUE. En realidad, cuando se analiza si una conducta tiene o no capacidad para afectar a la competencia de forma apreciable, significativa o sensible, se está tratando de definir el propio concepto de restricción concurrencial que, como ya sabemos, forma parte del tipo infractor de la norma que formula la prohibición de las conductas colusorias en el Derecho *antitrust* europeo (el art. 101.1 TFUE).

En consecuencia, la teoría de la apreciabilidad o sensibilidad, junto a las demás matizaciones de los términos restricción de la competencia, se nos presentan como necesarias, en la medida en que de no existir, la norma sancionadora que tipifica las conductas colusorias merecería tacharse de demasiado imprecisa, ambigua, o genérica, lo que no sería congruente con la noción de tipicidad<sup>285</sup>.

Asimismo, aun cuando del Derecho administrativo sancionador no se predica el principio de intervención mínima que impera en la normativa penal, ello no debe hacernos olvidar algunas cuestiones importantes que han de ser tenidas en cuenta<sup>286</sup>: 1ª) en primer lugar, las exigencias de proporcionalidad de toda reacción punitiva y de prohibición del exceso<sup>287</sup>; 2ª) en segundo lugar, la imposibilidad de subsumir en la norma sancionadora hechos concretos en los que falte algún elemento esencial del tipo y, por último, 3ª) la inadmisión de la aplicación analógica *in peius* de las normas sancionadoras merced a la vertiente material del principio de legalidad<sup>288</sup>.

Esto nos lleva a concluir, en definitiva, que los tipos de infracción han de interpretarse en un sentido estricto y favorable a los administrados. De modo que la constatación de la existencia de una restricción de la competencia (dada su condición de elemento del tipo jurídicamente indeterminado que hay que interpretar de manera restrictiva) exige la verificación de un riesgo inaceptable para la competencia, esto es, de un daño apreciable o una puesta en peligro real del bien jurídico protegido por la norma.

Por otro lado, cabe recordar que “la calificación de la infracción no es una facultad discrecional de la Administración, sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas que exige como presupuesto objetivo el encuadre de la falta

<sup>285</sup> MORANTE GUERRERO, L.E., “La potestad sancionadora en el derecho administrativo”, en AA.VV (coord. ROJAS RODRÍGUEZ, H.F.), *Derecho Administrativo sancionador*, Breña, Instituto Pacífico, 2017, p. 346. Además, como se señala en AA.VV., *Comentario a la Ley Española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, Sociedad de estudios y publicaciones, 1964, pp. 69-70, la tipicidad no atenta contra el principio de seguridad jurídica, sino que, por el contrario, el principio clave de seguridad jurídica está basado en la idea de tipicidad.

<sup>286</sup> PEREZ NIETO, R y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *Principios...*, cit., p. 108.

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>288</sup> MESEGUER YEBRA, J., *La tipicidad...*, cit., pp. 13 y 27.



incriminada en el tipo predeterminado legalmente en sede de Derecho”<sup>289</sup>. De modo que cuando la CE valora si una conducta afecta o no de forma apreciable a la competencia, en realidad, lo que está haciendo es un ejercicio de aplicación de la norma al caso concreto o, lo que es lo mismo, está determinando qué entiende ella por restricción de la competencia y qué no. Nos encontramos, así pues, ante un examen de un elemento del tipo infractor que se debe entender jurídicamente indeterminado. De ahí que la valoración que haga la CE está sujeta, en todo caso, al control de los órganos jurisdiccionales competentes, quienes tienen la última palabra acerca de la interpretación de las normas.

Resulta así evidente, a nuestro juicio, que la doctrina *de minimis* no responde a la discrecionalidad de la CE, esto es, a su facultad para no perseguir comportamientos en atención a su escasa importancia, su mínima culpabilidad o los escasos daños sociales de ellos derivados (“*de minimis praetor non curat*”)<sup>290</sup>. Antes bien, dicha doctrina, rectamente entendida, obedece al apotegma “*de minimis lex non curat*”, en la medida en que si el comportamiento no afecta de forma sensible, significativa o apreciable a la competencia, es claro que carece de entidad suficiente para impedirlo, restringirlo o falsearlo<sup>291</sup>.

Por tanto, en el elemento o test de la sensibilidad no cabe vislumbrar un principio de oportunidad. De lo que se trata es, en cambio, de una manifestación estricta del principio de legalidad. De lo contrario, habríamos de reconocer que las autoridades de la competencia están facultadas para determinar qué es una restricción de la competencia y qué no, con clara intromisión en las funciones que corresponden prioritariamente al legislador y al Juez, vulnerando con ello, además, el Derecho material o sustantivo.

Cierto es, empero, que al igual que los delitos de bagatela, los acuerdos *de minimis* pueden llegar a ser un problema si se presentan de forma masificada. Y es que por más que se argumente la falta de importancia del delito de bagatela entendido de manera individual, no puede desconocerse que, considerado masivamente, acaba convirtiéndose en cualquier cosa menos en una bagatela<sup>292</sup>.

Sobre la base de la idea precedente, cabe sostener que si los pactos colusorios que afectan de manera insignificante a la competencia carecieran de respuesta jurídica,

---

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>290</sup> Sobre la discrecionalidad de la autoridad *antitrust* y la disponibilidad de las normas de competencia, *vid.* OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la competencia europeo y español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 153-155.

<sup>291</sup> PETIT, N., *Droit...*, cit., p. 323.

<sup>292</sup> ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., p. 24.

el sistema económico basado en la libre competencia llegaría a ponerse en entredicho. Sin embargo, entender que la no aplicación del Derecho *antitrust* a este tipo de comportamientos equivale a ausencia de respuesta jurídica es una conclusión bastante reduccionista. En rigor, si esos pactos o acuerdos de poca envergadura son contrarios a la buena fe, es de aplicación el Derecho de la competencia desleal<sup>293</sup>.

En esta dirección, no se pierda de vista que, de conformidad con las relaciones apreciables hoy entre los dos sectores que conforman el Derecho de la competencia (el *antitrust* y el de la deslealtad), no hay inconveniente alguno en sostener que un comportamiento lícito para el Derecho *antitrust* puede, sin embargo, ser ilícito para el Derecho de la competencia desleal que, convertido en la disciplina general del entero Derecho de la competencia (al menos, en el Derecho español, como se infiere de la LCD y del modelo social o institucional que estatuye) no se encuentra maniatado por el interés público y los principios básicos del Derecho administrativo sancionador<sup>294</sup>.

Por ello en el asunto que nos ocupa no es correcto hablar de ausencia de reproche o respuesta jurídica por parte del ordenamiento. Verdaderamente lo que se produce en estos casos es una “iusprivatización” de la respuesta jurídica dada por el Derecho a esta subespecie de pactos o acuerdos sin entidad suficiente para restringir la competencia en el sentido exigido por el art. 101.1 TFUE<sup>295</sup>.

### 1.2. La jurisprudencia del TJUE, las Comunicaciones de la CE y la doctrina científica

Al margen de la conexión señalada entre las nociones de tipicidad y legalidad, de un lado, y el principio de lesividad, de otro, lo cierto es que la doctrina científica no ha dudado en defender la licitud de esta categoría de acuerdos. Prueba de ello es que su legalidad (*the per se validity of agreements of minor importance*) es una idea que se da por sentada en los manuales de Derecho *antitrust* comunitario más reconocidos<sup>296</sup>.

<sup>293</sup> Por todos, MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla de *minimis*...”, cit., p. 13; MARTÍN ARESTI, P., “Comentario a la Sentencia de 4 de noviembre de 1999”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 52, 2000, p. 405; RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia...”, cit., p. 27 y FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., “Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 1997*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 229.

<sup>294</sup> BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 546; FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., *passim* y GALÁN CORONA, E., “Prohibición de prácticas...”, cit., p. 267.

<sup>295</sup> Esta idea se desarrolla ampliamente *infra*, 2ª Parte.

<sup>296</sup> Entre otros: PETIT, N., *Droit...*, cit., p. 323; WHISH, R y BAILEY, D., *Competition Law*, 7th ed, Great Britain, Oxford, 2012, p. 250; BELLAMY, C y CHILD, G., *Common Market Law of Competition*, 1th ed, London, Sweet & Maxwell, 1973, p. 56 y FAULL, J y NIKPAY, A., “Article 81”, en AA.VV (Dir. FAULL, J & NIKPAY, A), *The EC Law of competition*, Great Britain, Oxford, 1999, p. 81.

Y realmente no es de extrañar, pues la jurisprudencia del TJUE y las manifestaciones de la CE apuntan de forma inequívoca en esa dirección<sup>297</sup>.

En efecto, la sentencia del caso *Völk* afirma indubitadamente que un acuerdo puede quedar fuera de la prohibición (*falls outside the prohibition*) del art. 101.1 TFUE “cuando no afecta al mercado más que de una forma insignificante, teniendo en cuenta la débil posición que ocupan los interesados en el mercado de los productos de que se trate”<sup>298</sup>. Al excluir de la prohibición los acuerdos que no afectan de forma significativa al mercado, esta resolución se inclina claramente en favor de la licitud de los pactos *de minimis*<sup>299</sup>. Con esto se quiere decir que, entendido el concepto de restricción de la competencia según las circunstancias reales que rodean al acuerdo, éste escapa a la prohibición incluso si contiene una protección territorial absoluta, siempre que las partes implicadas tengan una posición débil en el mercado de referencia y su comportamiento afecte a éste de forma insignificante<sup>300</sup>.

Esta conclusión se ve reforzada si se presta atención a las conclusiones del Abogado General GAND<sup>301</sup>. Sus palabras, de hecho, nos parecen de gran importancia para el desarrollo de este trabajo. No en vano, resultan esenciales para comprender la exposición que realizaremos más adelante acerca de la conexión existente entre efecto apreciable sobre el comercio comunitario, restricción de la competencia por el objeto y acuerdos de menor importancia<sup>302</sup>.

Sin embargo, al margen de esto último, lo que ahora interesa subrayar es que, previamente a alcanzarse la conclusión que más tarde el TJUE convirtió en la doctrina *de minimis*, el aludido jurista GAND, en su condición de Abogado General, hizo

<sup>297</sup> Así lo consideran, entre otros, LAURILA, M., “The *de minimis* doctrine...”, cit., p. 97; MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., pp. 7-8; ÍDEM., “Prácticas colusorias...”, cit., pp. 83 y ss; VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., pp. 48-49 y BERENGUER FUSTER, L y GINER PARREÑO, C.A., “Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *DN*, núm. 114, 2000, p. 25.

<sup>298</sup> STJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69), apdo. 7º. También STJUE de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import C. G.L. Import Export*. En ella, el TJUE afirma, en consonancia con lo afirmado en *Völk* que “para quedar incluido en la prohibición impuesta por el artículo, el acuerdo debe afectar al comercio entre los Estados miembros y al juego de la competencia en medida apreciable”.

<sup>299</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias...”, cit., pp. 83-84.

<sup>300</sup> Esto se observa con claridad en la STJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69), sobre todo si reparamos en algunas expresiones utilizadas en su versión inglesa: “The prohibition in Article 85(1) is applicable only if the agreement in question also has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the Common Market. Those conditions must be understood by reference to the actual circumstances of the agreement. Consequently an agreement falls outside the prohibition in Article 85 when it has only an insignificant effect on the markets, taking into account the weak position which the persons concerned have on the market of the product in question. Thus an exclusive dealing agreement, even with absolute territorial protection, may, having regard to the weak position of the persons concerned on the market in the products in question in the area covered by the absolute protection, escape the prohibition laid down in Article 85(1)”

<sup>301</sup> Conclusiones del Abogado General GAND, de 3 de junio de 1969, asunto *Volk* (C-5/ 69).

<sup>302</sup> *Infra*, 1ª Parte, IV.

expresa referencia a un concepto clave en el recto entendimiento de las conductas de menor importancia, cual es el de “grado suficiente de nocividad” (*degré suffisant de nocivité* o *sufficient degree of harm*) derivado de la restricción anudada a la conducta objeto de enjuiciamiento<sup>303</sup>.

En realidad, el test de la apreciabilidad que se enuncia en el caso *Völk* responde con total exactitud a la conclusión que alcanza GAND en sus conclusiones de junio de 1969, donde puede leerse que “aunque un contrato de concesión exclusiva que contenga una cláusula de protección territorial absoluta incurre normalmente en las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85 [esto es hoy, art. 101 TFUE], dichas prohibiciones *no le son aplicables cuando no pueda afectar al comercio entre los EEMM o no impida, restrinja ni falsee de manera sensible la competencia dentro del mercado común*”<sup>304</sup>.

Parece claro que si el TJUE comparte esta conclusión (como, de hecho, así sucedió), es de suponer que también estará de acuerdo con la argumentación merced a la cual es alcanzada. Pues bien, el Abogado General llega a la consideración de que se tiene que afectar de forma sensible a la competencia, precisamente, tomando como punto de partida que un acuerdo, *analizado en su contexto jurídico y económico, debe desvelar un grado suficiente de nocividad*<sup>305</sup>.

En rigor, por tanto, la doctrina *de minimis* se extrae de la exigencia de un daño suficiente, así como de la obligación de considerar el contexto real en que se habría encontrado la competencia de no existir el acuerdo. Esto, desde nuestro punto de vista, constituye una prueba irrefutable para argumentar que esta doctrina responde, en suma, al principio de lesividad y, en consecuencia, que su licitud o legalidad deriva de que el daño es una exigencia del tipo que de no existir impide catalogar un acuerdo como ilícito.

De forma similar, e inspirada por la STJUE en el asunto *Volk*, también la CE se decantó por el principio de licitud de los acuerdos inapreciables para la competencia en la COM70<sup>306</sup>. Cualquier duda al respecto queda despejada de la lectura de las

<sup>303</sup> VEROUDEN, V., “Vertical agreements and article 81(1) EC: the evolving role of economic analysis”, *Antitrust law journal*, Vol. 71, núm. 2, 2003, p. 549 afirma que según la opinión del Abogado General en *Völk*, en lo que respecta a la doctrina *de minimis*, el objeto debe ser “suficientemente nocivo mientras que en el contexto de las restricciones por el efecto éste tiene que ser apreciable”.

<sup>304</sup> Conclusiones del Abogado General GAND, de 3 de junio de 1969, asunto *Volk* (C-5/ 69), *in fine*. Énfasis añadido.

<sup>305</sup> *Ibidem*, apdo. 2º.

<sup>306</sup> Así lo sostiene MIRANDA SERRANO, L.M., “*Prácticas colusorias...*”, cit., p. 84, quien afirma que *Volk* “tuvo una relevancia decisiva en cuanto a la consolidación del principio de legalidad *per se* de las conductas *de minimis* en Europa, en cuanto impulsó decididamente a la CE a elaborar una Comunicación sobre estas conductas”.

siguientes consideraciones que en ella se realizan: “La CE considera que la prohibición de los acuerdos no contempla los que *sólo afectan de forma insignificante* al comercio entre los EEMM y a la competencia. Solo están prohibidos los acuerdos que tienen efectos sensibles sobre las conductas del mercado, en otras palabras, que modifican de manera sensible la posición en el mercado de las empresas extrañas a los acuerdos y de los consumidores”<sup>307</sup>.

Cabe destacar, además, que la anterior formulación ha permanecido invariable en las Comunicaciones que sucesivamente han ido publicándose en esta materia, incluida la última de 2014. En particular, el apdo. 1º de la COM14 afirma que “el artículo 101, apartado 1, del TFUE prohíbe los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. El TJUE ha aclarado que *esa disposición no es aplicable* cuando los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros o sobre la competencia no son sensibles”<sup>308</sup>.

A la vista de lo expuesto, hemos de concluir que el TJUE y la CE han reconocido indubitadamente, desde un primer momento, que los acuerdos de menor importancia son comportamientos con encaje en la máxima “*de minimis lex non curat*” (y no simplemente en el principio “*de minimis praetor non curat*”). Y, al mismo tiempo, hemos de aceptar que dicho reconocimiento parece responder, en suma, a la relación que la doctrina *de minimis* presenta con el principio de lesividad y la noción de tipicidad, tal como se infiere de las conclusiones del Abogado General GAND en el asunto *Völk* en el sentido más arriba expuesto.

## 2. Objeciones a la tesis mayoritaria

Hablamos de la existencia de una solución claramente mayoritaria en el asunto que abordamos, pero no de unanimidad por cuanto que, en rigor, ésta es inexistente. Así lo corroboran las opiniones doctrinales de quienes conciben la sensibilidad o apreciabilidad de la restricción concurrencial como una excepción en manos de la autoridad *antitrust*, en lugar de entenderá como un auténtico elemento del tipo<sup>309</sup>.

<sup>307</sup> Traducción del texto en francés por MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 7. Énfasis añadido.

<sup>308</sup> Énfasis añadido.

<sup>309</sup> Entre otros, FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia...*, cit., p. 165 y BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., pp. 658 y ss. Esta opinión, además, cuenta con el aval de algunos EEMM, como es el caso de Francia y Alemania. No en vano, en *De Minimis Notice n°18/2007 of the Bundeskartellamt on the non-prosecution of cooperation agreements of minor importance*, de 13 de marzo de 2007, apdo. 1º. Disponible en <https://www.bundeskartellamt.de> (Consultada por última vez el 21 de agosto de 2021) se aprecia con claridad que la autoridad *antitrust* germana cuenta con discrecionalidad para iniciar o no procedimientos en los casos cubiertos por la Comunicación del *Bundeskartellamt*. Por otro lado, en el art. L. 464.6 del Código de Comercio

La existencia de estas opiniones minoritarias explica que a continuación analicemos los argumentos que pueden invocarse para no considerar legales o lícitos los acuerdos que analizamos. Sobre todo, nos interesa dilucidar si estos argumentos tienen entidad suficiente para cuestionar que dicha categoría de acuerdos responde al principio “*de minimis lex non curat*”. Al mismo tiempo, nos parece interesante comprender el motivo por el cual una cuestión como ésta, prácticamente indubitada desde hace años, sigue suscitando dudas en la actualidad.

En particular, los argumentos que ponen en duda la legalidad de estos acuerdos se pueden agrupar en torno a tres ideas centrales: 1ª) la utilización de Comunicaciones como instrumento elegido para definir el elemento de la apreciabilidad en la restricción de la competencia. 2ª) los propósitos y efectos de la Comunicación *de minimis* y; por último, 3ª) el posible carácter de exención en términos similares al que posee el art. 101.3 TFUE. Analizamos a continuación cada uno de estos argumentos.

### 2.1. *La utilización de Comunicaciones como instrumento para definir la apreciabilidad en la restricción de la competencia*

Como ya hemos adelantado en alguna ocasión, el elemento de la apreciabilidad o sensibilidad de la restricción de la competencia no se encuentra enunciado (y aún menos definido) en un Tratado, un Reglamento o una Directiva de la UE. Antes bien, para explicar cuándo existe un acuerdo *de minimis* se ha recurrido a las Comunicaciones de la CE que, como se sabe, son instrumentos carentes de fuerza vinculante para el TJUE y los EEMM.

Desde nuestro punto de vista, no es fácil entender que, siendo la sensibilidad o apreciabilidad de la restricción de la competencia una exigencia de la prohibición general y, por tanto, un elemento del tipo infractor, su definición o concreción se deje a merced de la percepción que de ella tenga la CE y cada ANC<sup>310</sup>. De hecho, esta circunstancia puede llevar a pensar que, en realidad, los acuerdos *de minimis* son

---

francés se prevé la posibilidad de que la autoridad *antitrust* gala, discrecionalmente, no continúe con procedimientos ya iniciados si considera que la práctica probablemente no afecta a la competencia debido a su escasa importancia. Esta divergencia entre el ordenamiento francés (donde rige el principio de oportunidad) y el ordenamiento comunitario (donde rige el principio de legalidad), ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por ARCELIN-LÉCUYER, L., *Droit de la concurrence: Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2013, pp. 114-115.

<sup>310</sup> De hecho, es necesario destacar que existe una enorme disparidad en el Derecho comparado de los EEMM de la UE sobre esta cuestión. No en vano, es posible encontrar, al menos, dos concepciones radicalmente diferentes de la doctrina *de minimis*. Por un lado, los ordenamientos que conciben que los acuerdos de menor importancia son conductas ilícitas que pueden, discrecionalmente, no ser perseguidas por la ANC. Esta es la opción abanderada, entre otros, por Alemania y por Francia. Por otro lado, aquellos regímenes jurídicos que conciben la apreciabilidad o sensibilidad como un elemento más del tipo, en virtud del cual la conducta cae fuera de la prohibición si no afecta de forma sensible o apreciable a la competencia. Ésta es la opción elegida por Italia y Portugal, entre otros.

conductas prohibidas, pero que, nos obstante, según el criterio adoptado por cada autoridad *antitrust*, pueden no perseguirse (lo que las conectaría con la máxima “*de minimis praetor non curat*”)<sup>311</sup>.

Realmente, el establecimiento de ciertos umbrales para determinar si hay o no una conducta de menor importancia parece dificultar la concepción de los acuerdos *de minimis* como comportamientos concurrencialmente lícitos. De hecho, si se estudia la evolución del criterio cuantitativo delimitador de la escasa importancia que ha imperado en las sucesivas Comunicaciones, se observa que han existido notables cambios<sup>312</sup>. Por ejemplo, en momentos ya superados se exigió no sobrepasar un cierto volumen de negocios, mientras que ahora ya no. Incluso se ha pasado de establecer una cuota de mercado general a discriminar entre acuerdos horizontales y verticales<sup>313</sup>.

A lo anterior se ha de añadir que cada uno de los EEMM de la UE tiene sus propios umbrales para determinar la menor importancia de un acuerdo. En realidad, la diversidad de criterios en este campo es abrumadora<sup>314</sup>. Por un lado, hay países, como Irlanda, en los que no han existido umbrales porque no hay doctrina *de minimis* reconocida a nivel nacional<sup>315</sup>. Pero a su vez, encontramos otros ordenamientos con previsiones que han sido incluso más generosas que las establecidas a nivel comunitario, como es el caso holandés o húngaro<sup>316</sup>.

A la luz de lo expuesto, no podemos ignorar que pueda parecer complicado entender que los acuerdos que encajan en los umbrales *de minimis* sean lícitos sin más. No en vano, esto equivaldría a decir que un acuerdo anticompetitivo de escasa envergadura en el que participan cinco empresas que no superan un volumen de

<sup>311</sup> Así ocurre, en efecto, en los ordenamientos jurídicos alemán y francés. *Vid, De Minimis Notice n°18/2007 of the Bundeskartellamt on the non-prosecution of cooperation agreements of minor importance*, de 13 de marzo de 2007, apdo. 1º. Disponible en <https://www.bundeskartellamt.de> (Consultada por última vez el 21 de agosto de 2021) y el art. L. 464.6 del Código de Comercio francés.

<sup>312</sup> *Infra*, 1ª Parte, III.

<sup>313</sup> Para una definición de acuerdos verticales, por todos, ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales...*, cit., p. 49; MARCO COLINO, S., *Vertical agreements and competition law*, Oxford, Hart Publishing, 2010; WIJCKMANS, F., *Vertical agreements in EU competition law*, 3ª ed, Oxford, Oxford University Press, 2018 y HILDEBRAND, D., *Economic analysis of vertical agreements*, The Hague, Kluwer law international, 2005.

<sup>314</sup> Más detalle *infra*, 2ª Parte.

<sup>315</sup> Entre otros: POWER, V., *Competition Law and practice*, Dublin, Tottel Publishing, 2007, p. 380; EATONS, S y O'BRIEN, P., *Competition Law in Ireland*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2017, p. 33 y MEADE, J., “Ireland”, en AA. VV (ed. MAINTLAND-WALKER, J.), *Competition Laws of Europe*, 2th ed, Great Britain, LexisNexis, 2003, p. 219.

<sup>316</sup> Entre otros: VF BOS, P., “The Netherlands”, en AA. VV (ed. MAINTLAND-WALKER, J.), *Competition Laws of Europe*, 2<sup>th</sup> ed, Great Britain, LexisNexis, 2003, p. 311; OTTERVANGER, T.R y VAN DER VOORDE, S.J., “Chapter 9. Competition Law”, en AA. VV (dir. SCHUITS, S.), *Dutch business law. Legal and tax aspects of doing business in the Netherlands*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, p. 9.37; NAGY, C.I., *Competition Law in Hungary*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2016, p. 76 y ss y PAPP, A *et al.*, “Hungary”, en AA.VV (dir. KÉLLEZI, P; KILPATRICK, B & KOBEL, P), *Antitrust for SMA undertakings and image protection from no competitors*, London, Springer, 2014, p. 145 y ss.

negocio de 3 millones de euros entre todas ellas es legal en los Países Bajos pero ilegal en Irlanda, por ejemplo<sup>317</sup>. O que un acuerdo vertical que restringe la competencia de forma inapreciable es legal si la cuota de mercado resultante de los cálculos pertinentes es del 14,5%, pero no si la cuota alcanzada fuese del 15,5%.

En consecuencia, dado que los umbrales son cambiantes en el tiempo y dispares en cada uno de los EEMM de la UE, podría estimarse que los acuerdos de menor importancia tienen quizá mejor encaje en el carácter de “excepción” que en el de comportamiento legal o lícito, ajeno a la prohibición general<sup>318</sup>. Desde este punto de vista, se entendería que esta categoría de comportamientos no dejan de ser hechos típicos y antijurídicos. Lo que ocurriría es que se trataría de conductas no culpables (porque la Comunicación permite a las empresas realizarlas siempre que tengan encaje en ella) o no punibles (porque la autoridad *antitrust* decide no perseguirlos por su escasa relevancia, pese a su carácter ilícito).

El razonamiento anterior, aparentemente sencillo y acertado, encierra, empero, un imposible jurídico que de forma habitual se reproduce al hablar de la sensibilidad en la restricción de la competencia y que, desde ya, tenemos la obligación de advertir. Nos referimos a considerar (de forma equivocada) que la Comunicación vigente en materia de menor importancia es la doctrina *de minimis*<sup>319</sup>. Dicho en otros términos, identificar Comunicación *de minimis* con la teoría de la apreciabilidad<sup>320</sup>. Nos explicamos:

La Comunicación en materia de menor importancia tiene la finalidad de arrojar seguridad jurídica y para ello, establece un “puerto seguro” en el que las empresas puedan sentirse a salvo<sup>321</sup>. Sin embargo, no agota, ni de lejos, el carácter apreciable o sensible de la restricción de la competencia, que es precisamente a lo que se alude con la expresión doctrina *de minimis* o teoría de la sensibilidad<sup>322</sup>. Al respecto, no hemos

<sup>317</sup> Vid referencias enunciadas en la nota anterior.

<sup>318</sup> Así ocurre, en efecto, en los ordenamientos jurídicos de Francia y Alemania. Vid, art. L. 420.4 del Código de Comercio francés y el art. 3 de la de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley de Defensa de la Competencia alemana), de 26 de agosto de 1998.

<sup>319</sup> Esta posición conforme a la cual las conductas de menor importancia son una conducta sujeta a la prohibición, pero exenta, también puede explicarse por la influencia Alemana dentro de la UE. En concreto, los “*Mittelstandskartell*” son una exención merced al art. 3 de la de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley de Defensa de la Competencia alemana), de 26 de agosto de 1998. Sin embargo, lo cierto es que la formulación en sede comunitaria de la doctrina *de minimis* difiere sustancialmente del tratamiento dispensado a estos “cárteles de bagatela” tolerados por el ordenamiento alemán.

<sup>320</sup> Coincide BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 542.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 542, considera, paradójicamente, que se ha conseguido el efecto contrario, puesto que en su opinión las Comunicaciones en materia de menor importancia han contribuido a una fuerte inseguridad jurídica y económica. Sin embargo, por regla general se considera que sí que promueven la seguridad jurídica. Por todos, vid. PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 517.

<sup>322</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P y GOVAERE, I., “*De minimis* rule in competition law: An overview of EU and national case law”, *e-Competitions Bulletin*, núm. 45224, 2015 y BLASSELEE, R., *Traité de droit européen de*



de olvidar que esta doctrina es producto del TJUE, en su condición de artífice de la interpretación de los Tratados comunitarios, y no una mera concesión graciosa de la CE o de una ANC.

Además, tampoco conviene perder de vista que la referida doctrina responde a las exigencias del bien jurídico protegido y se conecta directamente con el tipo infractor. Y la cuestión de si la eficiencia del sistema concurrencial queda dañada o puesta en peligro no es una controversia que se pueda zanjar con la simple lectura de una Comunicación<sup>323</sup>. Se trata de un debate enormemente casuístico que, aun asistido de esta herramienta interpretativa, no puede reducirse a ella, pues dicho reduccionismo es sencillamente inadmisibile<sup>324</sup>.

En este sentido, creemos no equivocarnos al afirmar que, en gran medida, el motivo principal por el que la licitud de los acuerdos *de minimis* fue evidente al principio, pero hoy es una cuestión algo confusa, se debe a la *canibalización del concepto de menor importancia llevado a cabo por las diversas Comunicaciones de la CE sobre la materia*<sup>325</sup>. Y es que, ciertamente, la COM70 fue vista en su tiempo como lo que es, es decir, como una guía que hay que tomar con cautela, porque la clave radica en la interpretación que de la apreciabilidad se haga, especialmente, en sede judicial<sup>326</sup>. Sin embargo, con las sucesivas Comunicaciones y con la notoriedad que se les ha ido dando con el paso del tiempo, involuntariamente se ha interiorizado la idea de que en ellas se encuentra la doctrina *de minimis*, cuando lo cierto es que solo dan cobijo a una regla que fija la CE para que sus análisis sean más predecibles en esta materia<sup>327</sup>.

Lo anterior explica precisamente que se haya llegado hasta el disparatado caso *Expedia*, en el cual un juez nacional plantea una cuestión prejudicial sobre algo tan

---

*la concurrence*, Tome I, Paris, Editions Publisud, 2002, p. 523 han señalado, a nuestro juicio correctamente, que el propósito de estos instrumentos es adelantar las circunstancias en las que un acuerdo probablemente tenga un efecto apreciable en la competencia; y que, por motivos de política económica evidentes, la CE es reacia a declarar *ex ante* en un instrumento de *soft law* que no se van a perseguir ciertas conductas de las consideradas, habitualmente, como más peligrosas. De ello se deduce que en realidad la menor importancia no es, simplemente, la Comunicación *de minimis*, sino que ésta no deja de ser una simplificación.

<sup>323</sup> De la misma opinión es BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 542.

<sup>324</sup> La necesidad de un análisis caso por caso de la afectación sensible a la competencia fue señalada hace más de cuarenta años por GRAUEL, H y MACK, W., *Das Mittelstandskartell...*, cit., p. 27.

<sup>325</sup> JONES, A., “Completion of...”, cit., p. 944 enfatiza (a nuestro juicio, acertadamente) que las Comunicaciones de la CE en la materia solo son su visión de la cuestión, pero no una definición irrefutable.

<sup>326</sup> BELLAMY, C y CHILD, G., *Common Market...*, cit., pp. 58-59.

<sup>327</sup> Véase la trascendencia que han tenido en algunos ordenamientos de los EEMM, donde su contenido incluso ha pasado a convertirse en *hardlaw*, puesto que se encuentra recogida en Leyes y Reglamentos, como es el caso de Austria, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, España o Rumania. En Serbia, en cambio, aunque se prevé una doctrina *de minimis* muy similar a la comunitaria, la doctrina científica ha señalado que el efecto sensible o apreciable no queda reducido a una simple regla cuantitativa. Vid, KAJOVIC, T y GAJIN, D., *Competition Law in Serbia*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2017, pp. 115-116.

obvio como si la Comunicación en materia de menor importancia es vinculante para los EEMM<sup>328</sup>. En realidad, desde 1970 esta cuestión cuenta con una clara respuesta negativa, como se infiere de forma indubitada de las propias Comunicaciones *de minimis*, que siempre se han manifestado en dicha dirección<sup>329</sup>.

De hecho, la reciente exclusión del “puerto seguro” establecido por la COM14 de las restricciones de la competencia por su objeto, tampoco cuestiona la licitud del efecto sensible en la competencia<sup>330</sup>. Antes bien, como pone de manifiesto el TJUE en el caso *Expedia*, la reafirma, toda vez que pone de manifiesto que “un acuerdo que (...) tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción *sensible* del juego de la competencia”<sup>331</sup>.

Se observa aquí cómo, a juicio del TJUE, la restricción apreciable de la competencia siempre constituye un presupuesto necesario para que la conducta pueda encajar dentro de la prohibición general del art. 101.1 TFUE. Por consiguiente, cabe pensar que una restricción de la competencia que *no es sensible*, en realidad, es un hecho atípico y, como tal, situado al margen o extramuros de la normativa *antitrust*. Y ello es así por su incapacidad para dañar o poner en peligro la eficiencia del sistema, es decir, el bien jurídico protegido por la norma *antitrust* prohibitiva de las conductas colusorias.

## 2.2. Los propósitos y efectos de la Comunicación de minimis

La Comunicación *de minimis* persigue tres propósitos cuya toma en consideración puede llevar a pensar que los acuerdos de menor importancia responden a la máxima “*de minimis praetor non curat*”: 1º) por un lado, trata de fomentar la cooperación entre las PYMES, en tanto que conforman la mayoría del tejido

<sup>328</sup> STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (asunto C-226/11). De hecho, no es casualidad que esa cuestión prejudicial sea planteada por un órgano jurisdiccional francés. Precisamente Francia se ha caracterizado a lo largo de todos estos años por un intenso debate en torno al carácter sensible o apreciable de la competencia, ya que a nivel interno conciben la doctrina *de minimis* conforme al principio de oportunidad, siendo entonces los acuerdos de menor importancia conductas ilícitas, pero no perseguibles a discrecionalidad de la ANC. Esta disparidad entre Derecho comunitario y nacional ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por DECOCQ, A y DECOCQ, G., *Droit de la concurrence: Droit interne et droit de l'union européenne*, 8ª ed, Issy-les-Moulineaux, Lextenso éditions, 2018, pp. 308-313; ARCELIN-LÉCUYER, L., *Droit de la concurrence...*, cit., pp. 114-115 y VOILLEMOT, D., “Competition Law in France”, en AA. VV (eds. VOGELAAR, F; STUYCK, J y VAN REEKEN, B), *Competition Law in the European Union, its member States and Switzerland*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2000, p. 172.

<sup>329</sup> Esto lo señalan muy bien VAN BAEL y BELLIS., *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, Giappichelli Editore, 2009, p. 83.

<sup>330</sup> Si bien es cierto que la COM14 y el asunto *Expedia* son indiscutiblemente favorables a una aproximación formalista más que a una económica según SCORDAMAGLIA-TOUSIS, A., “New *De minimis* Communication: *De minimis* and by object restriction of competition”, *JECL&P*, Vol. 5, núm. 10, 2014, p. 700.

<sup>331</sup> *Ibidem*, apdo. 37º. Énfasis añadido.

productivo europeo (herramienta de política industrial)<sup>332</sup>. 2º) por otro lado, asume el objetivo de aportar seguridad jurídica acerca de qué acuerdos son perseguidos y sancionados por la CE y cuáles no; y 3º) finalmente, persigue evitar el despilfarro de recursos públicos en asuntos de escaso calado<sup>333</sup>.

1º) Respecto al primero de los objetivos avanzados, cabe recordar que la COM70 afirmó que con ella se suprimía una barrera psicológica que impedía la cooperación entre empresas, especialmente entre PYMES<sup>334</sup>. En particular, como sabemos, uno de los propósitos originales de la elaboración de este texto por la CE fue que los operadores económicos dejasen de tener miedo a que sus planes de cooperación pudiesen infringir las normas de la competencia, mereciendo entonces ser sancionados por las autoridades *antitrust*<sup>335</sup>. Parece así como si la CE hubiese decidido no perseguir los acuerdos entre PYMES, para no interferir en el desarrollo de estas empresas<sup>336</sup>. Además, esta postura puede ser observada también hoy, pese a la desvinculación que ha tenido lugar entre las nociones de “efecto sobre la competencia” y “efecto sobre el comercio comunitario”, habiendo quedado relegado el concepto de PYME a esta última<sup>337</sup>.

Creemos que podrá estarse de acuerdo en aceptar que el planteamiento anterior (sumariamente expuesto) podría sugerir que las conductas *de minimis* son comportamientos verdaderamente típicos y, por tanto, lesivos del bien jurídico protegido. Ahora bien, mediante un ejercicio de ponderación de intereses, se optaría por considerar que esa pequeña lesión a la competencia efectiva quedaría *justificada* por la protección y desarrollo que merecen las PYMES en su consideración de agentes

<sup>332</sup> BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 671. Se observa así la influencia del pensamiento germano sobre los “*Mittelstandskartell*”, desarrollada, entre otros, por GRAUEL, H y MACK, W., *Das Mittelstandskartell...*, cit., *passim*.

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 672; VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., p. 53 y GALÁN CORONA, E., “Prohibición de prácticas...”, cit., p. 266.

<sup>334</sup> Es de suponer que esta afirmación está fuertemente inspirada en el fenómeno de los “*Mittelstandskartell*” y en la normativa alemana que a ellos alude, la cual, en su versión actual (esto es, el art. 3 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 26 de agosto de 1998) concede una exención a los acuerdos celebrados entre competidores de poco tamaño siempre que éstos: a) no afecten de forma apreciable a la competencia y b) mejoren la competitividad de las PYMES.

<sup>335</sup> Inspirándose en este aspecto, cierto es, en la regulación alemana sobre “*Mittelstandskartell*”, hoy contenida, como hemos expuesto en notas anteriores, en el art. 3 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 26 de agosto de 1998 (Ley de Defensa de la Competencia alemana).

<sup>336</sup> BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución comercial...*, cit., p. 671. De hecho, en el ordenamiento nacional alemán, es así, al menos si nos fijamos en el ya citado art. 3 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 26 de agosto de 1998, tal como lo ha interpretado GRAUEL, H y MACK, W., *Das Mittelstandskartell...*, cit., p. 16.

<sup>337</sup> Así se deduce de la Nota de prensa de la CE de 25 de junio de 2014. Disponible en: <https://europa.eu/rapid/press-release> (Consultado por última vez el 1 de marzo de 2021). Sobre la desvinculación del efecto apreciable sobre la competencia y sobre el comercio comunitario nos pronunciamos más adelante, *vid, infra*, 1ª Parte, IV, 2.

esenciales del tejido empresarial europeo<sup>338</sup>. De modo que la acción (la conducta *de minimis*) sería típica, pero no antijurídica. Algo así como si nos encontrásemos ante una especie de “estado de necesidad”, salvando las distancias.

2º) En cuanto al segundo de los propósitos más arriba señalados, cierto es que las Comunicaciones de la CE han contribuido a la seguridad jurídica<sup>339</sup>. Esto es un objetivo aún más palpable en la última etapa, a partir del momento en que no se incoa procedimiento sancionador si el acuerdo está cubierto por la Comunicación, ni se imponen sanciones si las partes consideraban de buena fe que el acuerdo encaja en la salvaguarda *de minimis*<sup>340</sup>. De modo que parece ser la CE quien decide, en última instancia, no perseguir o sancionar un acuerdo de menor importancia.

Si pensamos en este propósito de forma aislada, podríamos deducir que los acuerdos *de minimis* son comportamientos típicos y antijurídicos, pero no culpables<sup>341</sup>. La ausencia de culpabilidad en este caso se fundamentaría en el hecho de que al sostener la autoridad *antitrust* que bajo ciertas circunstancias no va a sancionar, el administrado *confía* en que dicha institución garante de la competencia mantenga su palabra. De modo que no sería procedente defraudar ni culpar a quien actúa amparado por el “principio de confianza legítima” que rige en toda administración pública.

3º) Por último, como ya adelantamos, tampoco es ajeno al interés de la doctrina *de minimis* comunitaria el propósito de evitar que se destinen recursos públicos a asuntos de escasa trascendencia<sup>342</sup>. Así se deduce de la lectura de la nota de prensa relativa a la COM14, al decirse en ella que la referida Comunicación “permite a la CE centrar sus esfuerzos en aquellos acuerdos que representan un mayor riesgo de distorsionar la competencia en el mercado único”<sup>343</sup>.

Esto, evidentemente, evoca el concepto de punibilidad y la facultad de la CE acerca de decidir en qué casos va a poner su atención y dónde interesa invertir los recursos disponibles. Como se recordará, esta forma de entender el asunto que analizamos ya ha sido objeto de estudio en páginas precedentes; en concreto, cuando

<sup>338</sup> Así ocurre, de hecho, en el ordenamiento jurídico francés (art. L. 420.4 de su Código de Comercio) y en el ordenamiento alemán (art. 3 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 26 de agosto de 1998).

<sup>339</sup> En contra BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 542.

<sup>340</sup> COM14, apdo. 5º.

<sup>341</sup> ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La aplicación del principio de confianza legítima a las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t. XXXIV, 2013-2014, p. 639.

<sup>342</sup> VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., p. 52.

<sup>343</sup> Traducción propia del francés y el inglés de la Nota de prensa de la CE del 25 de junio de 2014. Disponible en: <https://europa.eu/rapid/press-release> (Consultado por última vez el 1 de marzo de 2021).

tratamos la regla *Automec* y la diferenciamos (por entender que es necesario e inevitable realizar dicha diferenciación) de la doctrina *de minimis*<sup>344</sup>.

En línea con lo anterior, podría pensarse que la Directiva ECN+ está impregnada también del test de la apreciabilidad, en la medida que en su considerando 23º se dice que las ANC “deben poder establecer prioridades en la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE para hacer un uso eficaz de sus recursos y centrarse en la prevención y erradicación de las conductas contrarias a la competencia que falsean la competencia en el mercado interior. Para ello, deben poder desestimar aquellas denuncias cuya investigación no constituyan una prioridad”<sup>345</sup>.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que el desarrollo de esta idea no se encuentra en los preceptos de la Directiva ECN+ relativos a los “recursos” o a la “eficiencia”, sino en el que aborda la “independencia” (art. 4). Por esta razón, cabe concluir entonces que el test de la sensibilidad puede contribuir, indirectamente, a establecer prioridades de las ANC, pero que, en rigor, estamos ante cuestiones diferentes. Mientras que la ECN+ se preocupa de que la autoridad defensora de la competencia goce de independencia en el ejercicio de sus funciones, la doctrina *de minimis* se encarga de que el *ius puniendi* únicamente tenga cabida en lesiones o puestas en peligro del bien jurídico protegido que resulten significativas o apreciables.

Pese a todo lo anterior, si bien es cierto que las Comunicaciones *de minimis* arrojan cierta luz sobre el concepto de acuerdo de menor importancia y que persiguen los propósitos a los que acabamos de referirnos, nada de lo expuesto es obstáculo para que el fundamento de la doctrina *de minimis* consista en discernir qué es y qué no es una restricción sensible de la competencia, en la dirección que aquí venimos proponiendo. Así nos lo parece por cuanto que, en nuestra opinión, no es incorrecto atribuir los tres fines predicables de las Comunicaciones *de minimis* a los acuerdos de escasa importancia. Bien entendido que ello no impide apreciar una compatibilidad entre dichos acuerdos y el apotegma “*de minimis lex non curat*”<sup>346</sup>. De hecho, huelga decir que si ubicamos el test de la apreciabilidad en el ámbito de la tipicidad (como aquí mantenemos), carece de sentido analizar la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad.

---

<sup>344</sup> *Supra*, 1ª Parte, I, 2.2.

<sup>345</sup> Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (DOUE L-11/3), apdo. 23º.

<sup>346</sup> Entre otros, LAURILA, M., “The *de minimis*...”, cit., p. 97; MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 7 y VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., p. 52 y ss.

En efecto, una vez que la conducta se considera atípica, instantáneamente goza de las ventajas que se atribuye a la exclusión del resto de elementos del concepto dogmático de infracción. De ahí que podamos concluir que los propósitos de la Comunicación *de minimis* ponen de manifiesto varias de las bondades atribuibles a la licitud de este tipo de conductas, pero no su fundamento o razón de ser que, desde nuestro punto de vista, reside en su incapacidad para dañar al bien jurídico protegido por la norma prohibitiva, esto es, la competencia funcional, eficiente o practicable.

### 2.3. Su posible carácter de exención del art. 101.1 TFUE

Como se sabe, el apdo. 3º del art. 101 TFUE contempla excepciones para la prohibición general de las conductas colusorias que formula el apdo. 1º de ese mismo precepto. Además, es también sabido que existen excepciones en los distintos REC que desarrollan la cláusula general de exención o indulgencia del art. 101.3 TFUE. Pues bien, cierta doctrina ha considerado que la doctrina *de minimis* y sus correspondientes umbrales actúan como otra excepción más, en el sentido que se indica a continuación<sup>347</sup>.

En concreto, desde este punto de vista, se sostiene que el enjuiciamiento de las conductas *de minimis* responde, en general, al siguiente análisis: 1º) primeramente, se examinan las exigencias del tipo, básicamente, que nos encontremos ante un acuerdo entre empresas que restringe, distorsiona o falsea la competencia y que afecta al comercio entre los EEMM. 2º) seguidamente, se determina si el acuerdo en cuestión puede quedar exento de esa prohibición en virtud de un REC, de sus beneficios (apdo 3º del art. 101 TFUE) o de su carácter de escasa importancia<sup>348</sup>.

De esta manera, la condición *de minimis* no forma parte del enjuiciamiento dirigido a dilucidar si la conducta está o no prohibida por la norma *antitrust* (art. 101.1

<sup>347</sup> Entre otros, PETIT, N., *Droit...*, cit., pp. 323 y ss; POULSEN, S.T., “Denmark”, en AA. VV (dir. KËLLEZI, P; KILPATRICK, B & KOBEL, P), *Antitrust for SMA undertakings and image protection from no competitors*, London, Springer, 2014, p. 96; PAPP *et al.*, Hungary..., cit., p. 145; GALEWSKA, E.J., *Competition Law in Poland*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2004, p. 48; AA.VV., *Competition Law in the European Union, its member States and Switzerland*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2000, *passim* (p. 28, 172, 320, 380, etc); OLMEDO PERALTA, E., “La discrecionalidad...”, cit., p. 111; PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 81 y DE LA VEGA GARCÍA, F., *La clemencia (leniency) en el derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en caso de cártel*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 68-70. Ciertamente, que se debe reconocer a estos autores su parte de razón. Y es que esta concepción puede venir propiciada, en cierta medida, por el art. 3 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 26 de agosto de 1998 y por la Comunicación *de minimis* del *Bundeskartellamt*, de 13 de marzo de 2007, pues en ambos textos se concibe el carácter inapreciable de la restricción como una exención, más que como un elemento del tipo de la prohibición de los acuerdos colusorios. También por el art. L. 420.4 del Código de Comercio francés, el cual sigue un planteamiento casi idéntico. En definitiva, es una interpretación que cuenta con apoyo en el Derecho comparado de los EEMM de la UE.

<sup>348</sup> Para comprender mejor la distinción entre las dos fases *vid.*, RODRIGO REVILLA, J., “Acuerdos incompatibles con el mercado común. Exenciones de la prohibición”, en AA. VV (coord. LOMA-SORIO, D), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 131.

TFUE). Antes bien, su examen queda postergado a un momento posterior, en el cual se discute acerca de su posible exención<sup>349</sup>. En definitiva, la teoría de la sensibilidad o apreciabilidad es así concebida como una excepción.

En rigor, esta concepción de la doctrina *de minimis* como una excepción, parte de la creencia de que nos encontramos ante un acuerdo que, en principio, no puede reputarse lícito, por ser restrictivo de la competencia<sup>350</sup>. Sin embargo, con el objetivo de centrar los esfuerzos de la autoridad *antitrust* solo en los asuntos que revisten cierta envergadura, dicho acuerdo queda exonerado de cualquier sanción jurídica merced a unos criterios preestablecidos por el legislador o por la referida autoridad garante del orden concurrencial<sup>351</sup>.

Esta tesis, *que carece de respaldo jurisprudencial o legal*, encuentra en la alusión que la COM14 realiza a los REC un poderoso argumento a favor<sup>352</sup>. No en vano, en ella se afirma que “la CE no aplicará la salvaguardia regulatoria creada por esos umbrales de cuotas de mercado a los acuerdos que contengan alguna de las restricciones que figuren como restricciones especialmente graves en cualquier REC actual o futuro de la CE”<sup>353</sup>.

Así, según parece, la COM14 queda vinculada por los REC, a los cuales no puede contradecir. En efecto, si una conducta está permitida por un REC, los umbrales carecen de utilidad. Pero si está prohibida también, pues en tal caso no se aplicaría la Comunicación. De modo que la doctrina *de minimis* sólo tiene cabida cuando la práctica enjuiciada no está cubierta por un REC. Cabe así afirmar que la COM14 queda subordinada a estos REC. Todo lo cual conduce a reforzar la idea (a nuestro juicio, desacertada) de que los umbrales *de minimis* quedan ubicados en la segunda etapa del análisis del art. 101 TFUE (art. 101.3) y no en la primera (art. 101.1).

Como se sabe, los REC son una evolución y desarrollo de la cláusula general de exención del art. 101.3 TFUE. Gracias a ellos, las partes del acuerdo restrictivo solo tienen que demostrar que éste tiene derecho a beneficiarse de una exención por categorías. Naturalmente, esta carga probatoria es mucho menor que demostrar que se cumplen todas y cada una de las condiciones del apdo. 3º del art. 101 TFUE, tal como exige el art. 2 del Reglamento CE 1/2003. Por consiguiente, podríamos concluir que

<sup>349</sup> En contra, GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 119.

<sup>350</sup> AA.VV., *Competition Law in the European Union...*, cit., p. 589.

<sup>351</sup> Por todos, FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia...*, cit., p. 166.

<sup>352</sup> La COM14 y su relación con los REC se desarrollará más adelante (*infra*, 1ª Parte, IV, 1). En todo caso, a pesar de que en sede comunitaria nada avala esta postura, es cierto que, como ya hemos señalado en numerosas ocasiones, la experiencia comparada sí nos muestra ejemplos de EEMM de la UE que han seguido este planteamiento, como es el caso de dos de los socios más influyentes del Mercado único, estos son, Francia y Alemania.

<sup>353</sup> COM14, apdo. 13º.

los REC constituyen una aplicación más eficiente que el referido apdo. 3º, sin perjuicio de compartir su misma razón de ser<sup>354</sup>.

En ese sentido, el art. 101.3 TFUE es considerado una exención legal para aquellas prácticas que, *aun siendo restrictivas de la competencia*, tienen un impacto positivo que compensa los efectos negativos para la competencia que de ella se derivan<sup>355</sup>. Esto quiere decir que estos acuerdos están, en principio, prohibidos, porque impiden, restringen o falsean el juego de la competencia en el mercado<sup>356</sup>. Por consiguiente, se les ha de presuponer un daño o peligro *antitrust* que, no obstante, puede compensarse merced a los efectos beneficiosos que de ellos cabe esperar, lo cual es perfectamente coherente con los principios que inspiran el Derecho comunitario de la competencia<sup>357</sup>.

El artículo 101.3 TFUE trata, en definitiva, de una conducta típica, pero no antijurídica, ya que del balance o ponderación de los efectos negativos y positivos se deduce que la conducta no debe quedar prohibida, aunque sí que se reúnan todos los elementos del tipo infractor. De hecho, este precepto ha sido interpretado en ocasiones como una *rule of reason ab initio o ex ante*<sup>358</sup>.

Cierto es que ni la doctrina mayoritaria ni la CE comparten esta opinión. Por el contrario, sostienen que la prohibición del art. 101.1 TFUE se aplica a toda restricción, con independencia de su exención a posteriori, si se reúnen los requisitos del precepto o su contemplación en un REC. Esto contrasta con el Derecho *antitrust* norteamericano, donde se realiza una valoración a fondo de los efectos procompetitivos en el propio tipo (*rule of reason*), salvo en las restricciones *per se*. Así, la diferencia entre uno y otro régimen estriba, básicamente, en que en el ordenamiento comunitario el ejercicio de subsunción en el ilícito *antitrust* tiene dos fases, lo cual posibilita que existan acuerdos que estén sujetos a la prohibición, pero exentos.

Este dualismo o carácter bifásico del art. 101 TFUE ha sido, en ocasiones, criticado por la doctrina. Por ejemplo, hay quien defiende la reformulación del art. 101 TFUE conforme a un sistema monístico o unitario con el que, *grosso modo*, estamos de acuerdo<sup>359</sup>. Por motivos de necesaria brevedad, no podemos profundizar en esta cuestión, pero sí nos gustaría al menos señalar los principales argumentos esgrimidos. Por un lado, la historia legislativa del precepto contiene trazas inequívocas de monismo hasta que Francia introdujo una propuesta de

<sup>354</sup> Entre otros, FUENTES NAHARRO, M., “Prácticas colusorias entre empresas. Excepciones”, en AA.VV, *Derecho de la competencia*, Cizur Menor, Civitas, 2013, p. 132 y RODRIGO REVILLA, J., “Acuerdos incompatibles...”, cit., p. 132.

<sup>355</sup> FUENTES NAHARRO, M., “Prácticas colusorias...”, cit., pp. 129-130.

<sup>356</sup> Así se deduce de que el régimen anterior requiriese una autorización por parte de la CE, previa notificación por las partes. En todo caso, sobre este punto *vid.* FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la competencia. Comunidad europea y España*, Navarra, Aranzadi, 1994, p. 154.

<sup>357</sup> *Ibidem*, pp. 154-155 y GYLESEN, L., “What makes an agreement...”, cit., p. 116. En todo caso, cabe recordar que esta cuestión ya fue desarrollada anteriormente (*supra*, 1ª Parte, I, 2.3).

<sup>358</sup> FUENTES NAHARRO, M., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 133.

<sup>359</sup> GYLESEN, L., “What makes an agreement...”, cit., p. 117 y ss.



exención legal inspirada en su ley nacional<sup>360</sup>. Por otro lado, no son pocos los casos que difuminan las dos fases que caracterizan el examen del art. 101 TFUE al enjuiciar restricciones accesorias o considerar el contexto jurídico y económico de un acuerdo potencialmente colusorio<sup>361</sup>.

En cualquier caso, afortunadamente, no faltan quienes han destacado la imperiosa necesidad de distinguir el sistema de exención de la prohibición (art. 101.3 TFUE) de la doctrina *de minimis*<sup>362</sup>. Conforme a este punto de vista, un acuerdo carente de un efecto apreciable sobre la competencia cae inexorablemente *fuera* de la prohibición general, debido a que no queda satisfecho por completo uno de los presupuestos necesarios, cual es la restricción de la competencia<sup>363</sup>.

Lo anterior conduce a concluir que la conducta *de minimis* no necesita ser exceptuada. Su enjuiciamiento ha de realizarse, por tanto, en la primera fase del análisis del art. 101 TFUE<sup>364</sup>. Pese a la confusión que en algún caso existe, compartimos la idea de que el test de la apreciabilidad de la restricción de la competencia no es, en absoluto, una excepción del art. 101.1 TFUE.

Ni siquiera la alusión a los REC en la COM14 impide que la interpretación aquí defendida sea la más plausible. De hecho, la literalidad de la Comunicación lo confirma, cuando señala: “la CE no aplicará la salvaguardia regulatoria creada por esos umbrales (...) a los acuerdos (...) que figuren como restricciones especialmente graves en cualquier REC actual o futuro de la CE, *que la CE considera que generalmente constituyen restricciones por el objeto*”. De modo que la puesta en valor de los REC en la COM14 no se debe tanto a su excepcionalidad, sino a que *condensan la experiencia de CE en su análisis sobre la naturaleza de ciertas restricciones*.

El motivo por el que se alude a los REC es que éstos recogen, dentro de sus prácticas prohibidas, conductas que han sido abordadas por la CE y han sido entendidas como restricciones por el objeto, las cuales están excluidas de la COM14, como gran novedad. De ahí que, en definitiva, la exclusión de los REC de la

<sup>360</sup> *Ibidem*, pp. 125- 128. El autor desarrolla ampliamente y con solvencia esta cuestión, por lo que sobre la misma nos remitimos a él.

<sup>361</sup> *Ibidem*, pp. 129- 132. Al igual que en la nota anterior, nos remitimos al autor citado para un estudio más exhaustivo de esta cuestión.

<sup>362</sup> *Vid*, DIEBOLD, N y SCHÄKE, C., “*De minimis* Exceptions...”, cit., pp. 119-120; LAURILA, M., “The *de minimis*...”, cit., p. 97; FUENTES NAHARRO, M., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 130; FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la competencia*..., cit., pp. 156-157; GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto*..., cit., p. 119 y NAGY, C.I, *Competition law*..., cit., p. 68.

<sup>363</sup> SCHMITZ, S., “Doch eine Rule of Reason im deutschen Kartellrecht?”, *Wirtschafts und Wettbewerb*, 2002, p. 15.

<sup>364</sup> JONES, A., “Completion of...”, cit., pp. 934 y 938.

Comunicación *de minimis* en realidad se tenga que interpretar de igual forma que la exclusión de las restricciones por el objeto, cuestión que abordamos más adelante<sup>365</sup>.

Además, en cualquier caso, los REC pueden condicionar la aplicación de la Comunicación de la CE, pero *nunca* la doctrina *de minimis* o el test de la apreciabilidad en la restricción de la competencia, puesto que lo que queda excluido es *la salvaguardia regulatoria creada por los umbrales, no el efecto sensible sobre la concurrencia*.

### 3. Conciliación entre la tesis mayoritaria y sus objeciones

El lector se habrá percatado de que en las páginas precedentes acabamos de realizar, tácita o explícitamente, una sutil distinción de ideas que no es caprichosa sino relevante, en la medida en que permite comprender tanto la postura mayoritaria como sus posibles objeciones. Así, diferenciamos por un lado el test de la apreciabilidad o sensibilidad de la restricción de la competencia (o lo que es lo mismo, la doctrina *de minimis*), y por otro, la salvaguarda establecida conforme a unos determinados umbrales *prefijados* por la CE.

Como venimos afirmando reiteradamente, la doctrina *de minimis*, esto es, la exigencia de apreciabilidad en la restricción de la competencia, es un elemento del tipo<sup>366</sup>. Forma parte de la prohibición general del art. 101.1 TFUE, en concreto, de la noción de restricción de la competencia. Implica que si un acuerdo no afecta de forma significativa a la concurrencia, éste queda al margen de la infracción. Esto se debe a que el comportamiento carece de un mínimo interés público que justifique la aplicación del Derecho *antitrust*.

Además, cabe recordar que no se daña ni se pone en peligro la eficiencia del sistema concurrencial si la conducta no afecta de forma apreciable a la competencia. De modo que los pactos que no restringen de forma sensible la concurrencia son lícitos. No es necesario prohibirlos, ya que no dañan el bien jurídico que el Derecho *antitrust* busca proteger, esto es, la competencia funcional. Al respecto, no ha de perderse de vista que esta disciplina tiene por finalidad corregir aquellos fallos del mercado que éste por sí solo no puede solucionar. Y una conducta que afecta a la

<sup>365</sup> *Infra*, 1ª Parte, IV, 3.

<sup>366</sup> Esta cuestión ha sido desarrollada con anterioridad, *supra*, I, 2.3. y II, 1. A favor, RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., p. 155 y en contra, PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., *passim*.

competencia de forma inapreciable, con alta probabilidad, es anulada o neutralizada por las propias fuerzas del mercado<sup>367</sup>.

A nuestro juicio, como hemos tratado de argumentar a lo largo de este trabajo, este es el planteamiento que nos resulta más cabal en sede comunitaria. No obstante, la experiencia comparada de los distintos EEMM de la UE pone de relieve que la cuestión se encuentra lejos de estar cerrada. *Grosso modo*, observamos tres maneras diferentes de entender el test o teoría de la apreciabilidad. 1ª) la afectación sensible o apreciable de la competencia como elemento o requisito del tipo, opción que cuenta con el respaldo de Italia y Bélgica, entre otros<sup>368</sup>. 2ª) la concepción francesa y alemana de la menor importancia como motivo para conceder una exención a la prohibición general (sobre todo para PYMES) o como criterio mediante el cual la ANC puede decidir no perseguir una conducta<sup>369</sup>; y por último, 3ª) un tratamiento más o menos ambiguo que permitiría sostener, en mayor o menor medida, cualquiera de las dos posturas anteriores, pero que en todo caso concede bastante protagonismo a las Comunicaciones *de minimis* dictadas por la CE<sup>370</sup>.

Por el contrario, cuando nos referimos a la salvaguarda preestablecida por la CE, entendiendo ésta como la fijación de unos umbrales que determinan cuándo hay un acuerdo de menor importancia, no aludimos a la teoría de la sensibilidad (o doctrina *de minimis*), aunque (como es lógico) se trate de cuestiones íntimamente conectadas<sup>371</sup>. Es cierto que los umbrales tienen por función contribuir a su determinación, pero no

<sup>367</sup> BEJCEK, J et al., *Competition Law in the Czech Republic*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2015, p. 51 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los cárteles de...”, cit.

<sup>368</sup> Concretamente, este planteamiento es seguido por Bélgica (art. IV.1 del Código de Derecho económico belga, de 28 de febrero de 2013); Italia (art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia italiana, de 10 de octubre de 1990); Finlandia (art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia finlandesa, de 12 de agosto de 2011); Portugal (art. 9 de la Ley de Defensa de la Competencia portuguesa, de 8 de mayo de 2012); República Checa (art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia checa, de 4 de abril de 2001); Eslovaquia (arts. 4.1 y 4.2 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovaca, de 27 de febrero de 2001); Suecia (art. 1 del capítulo II de la Ley de Defensa de la Competencia sueca, de 1 de noviembre de 2008) y Hungría (arts. 11 y 13 de la Ley de Defensa de la Competencia húngara de 1996).

<sup>369</sup> Arts. L. 420.4 y L. 464.6 del Código de Comercio francés y art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia alemana, de 26 de agosto de 1998.

<sup>370</sup> Aunque parecen decantarse más por la opción belga e italiana, están lejos de tener una regulación tan clara como estos dos países, los siguientes socios comunitarios: España (art. 5 LDC); Estonia (arts. 4 y 5 de la Ley de Defensa de la Competencia estonia, de 1 de octubre de 2001); Bulgaria (art 15 y 16 de la Ley de Defensa de la Competencia búlgara, de 28 de noviembre de 2008) y Malta (arts. 5 y 6 de la ley de Defensa de la Competencia maltesa, de 23 de diciembre de 1994). En cambio, estarían más próximos a los ordenamientos jurídicos francés y alemán, aunque no desde luego de un modo explícito, los siguientes EEMM: Polonia (art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia polaca, de 16 de febrero de 2007); Croacia (arts. 10 y 11 de la Ley de Defensa de la Competencia croata, de 30 de junio de 2009); Eslovenia (arts. 6,7 y 8 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovena, de 11 de abril de 2008); Dinamarca (art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, de 18 de junio de 2013) y Holanda (arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia holandesa, de 22 de mayo de 1997). Finalmente, Grecia y Lituania siguen fielmente el modelo comunitario, esto es, no regulan en su legislación nacional la doctrina *de minimis*, sino que únicamente han aprobado directrices orientativas al respecto. De este modo, no es posible concluir, sin aceptar un margen de error considerable, que dichos ordenamientos siguen el enfoque italiano o el alemán. Sin embargo, al seguir el modelo comunitario, hemos de presuponer que en ellos la afectación sensible o apreciable de la competencia es un elemento del tipo, pues como se ha expuesto en este trabajo, esta concepción es la que mejor se adapta a lo que sabemos del test de la apreciabilidad en sede comunitaria.

<sup>371</sup> BEJCEK, J et al., *Competition Law in...*, cit., p. 54.

por ello pueden canibalizar una idea que, por su propia naturaleza, tiene un *status* superior, mayor amplitud e infinitamente mayor complejidad<sup>372</sup>.

Al hablar de la Comunicación de menor importancia hacemos referencia a la salvaguarda que la CE establece, habida cuenta de los umbrales que en ella se prevén, pero no a la teoría de la apreciabilidad o sensibilidad en la restricción de la competencia. Esto es así por cuanto que ni la CE ni una ANC tienen la competencia ni la potestad de agotar la doctrina *de minimis*. Esta diferencia, aunque perspicaz, explica el motivo por el que existen objeciones a la posición mayoritaria, así como bastante desconcierto en torno a una cuestión que antaño parecía solucionada.

En efecto, de las páginas anteriores se puede inferir sin demasiada dificultad que todas las réplicas tienen como premisa justamente la confusión entre estas dos ideas. Sin embargo, una vez que se conoce y admite esta diferencia, parece claro que todas las opiniones vertidas tienen su parte de razón. Nos explicamos:

Como acertadamente sostiene la doctrina mayoritaria, el TJUE y la CE, el test de la apreciabilidad en la restricción de la competencia, esto es, la doctrina *de minimis*, sigue la máxima “*de minimis lex non curat*”. En cambio, los umbrales establecidos por la autoridad *antitrust* no implican que en cualquier caso los acuerdos que se benefician de ella sean lícitos. Antes bien, el puerto seguro establecido por la Comunicación de acuerdos de menor importancia puede adoptar el rol de exención de la prohibición general en algún supuesto.

Para comprender la anterior afirmación, debemos partir de que la apreciabilidad o sensibilidad en la competencia y los umbrales establecidos en la Comunicación de la CE están íntimamente relacionados, pero que, sin embargo, la primera idea es más amplia que la segunda. De modo que podemos encontrarnos en la práctica con tres situaciones diferentes: 1ª) que coincida la doctrina *de minimis*, esto es, la apreciabilidad en la restricción de la competencia, con la *regla cuantitativa prefijada* por la CE [*infra*, 3.1]. 2ª) que un acuerdo no esté cubierto por la salvaguarda preestablecida pero que, sin embargo, sí lo esté por la doctrina *de minimis* [*infra*, 3.2] y 3ª) que un acuerdo esté cubierto por la salvaguarda *de minimis* pero que, pese a ello, afecte de forma sensible a la competencia [*infra*, 3.2]. Analizamos a continuación cada una de estas posibilidades:

---

<sup>372</sup> Entre otros, *ibidem*, p. 54 y OTTERVANGER, T.R y VAN DER VOORDE, S.J., “Chapter 9...”, cit., p. 9.38.

3.1. “Supuesto A”: Coincidencia entre el carácter apreciable de la restricción de la competencia y los umbrales predefinidos por la autoridad antitrust

Lógicamente, este supuesto es el más probable y habitual. En él, la Comunicación *de minimis* actúa, en efecto, como una herramienta rápida y eficaz para examinar la apreciability en la restricción de la competencia. Se trata, en suma, de una simplificación del análisis de un concepto jurídico-indeterminado<sup>373</sup>. Este “atajo”, por su parte, es beneficioso para las partes implicadas, puesto que les brinda una innegable seguridad jurídica. Pero además, también es positivo para la CE, ya que ésta queda liberada de la carga de tener que realizar un profundo estudio caso por caso de la sensibilidad en la restricción de la competencia.

La consecuencia que en la práctica se deriva de este supuesto es que el acuerdo se permite merced a los elementos cuantitativos establecidos en el “puerto seguro” de la Comunicación *de minimis*. Sin embargo, cabe destacar que de llevarse a cabo un análisis pormenorizado de la noción de apreciability en la restricción de la competencia, en el que se tuviesen en cuenta más factores cuantitativos y cualitativos, la solución jurídica sería idéntica. Recordemos a este respecto que si un acuerdo no es apreciable para la restricción de la competencia éste ha de considerarse lícito<sup>374</sup>.

En esta ocasión, para observar que el pacto carece de trascendencia *antitrust* ha sido suficiente con atender a las cuotas de mercado y al tipo de restricción<sup>375</sup>. Lo que sucede, en cierto modo, es que en este caso concreto los parámetros de valoración simplificados y preestablecidos por la autoridad de la competencia (la CE) son suficientes. En definitiva, la Comunicación *de minimis* adopta un factor que es representativo de la apreciability o la capacidad para restringir la competencia, esto es, la cuota de mercado. Con él, se procede a la ficción jurídica de entender que, atendiendo a dicho factor, el acuerdo no se estima apreciable, de modo que con alta probabilidad tampoco lo será si analizamos todos y cada uno de los elementos útiles para determinar cuándo una conducta tiene efectos significativos sobre la competencia en el mercado.

En este sentido, si bien hemos de aceptar que la Comunicación *de minimis* no puede agotar la definición de la sensibilidad en la restricción de la competencia, sí que

<sup>373</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La problemática *antitrust*...”, cit., p. 697 afirma que el concepto de conducta de menor importancia es jurídicamente indeterminado y que las autoridades administrativas y los tribunales están llamados a crear un “cuerpo de derecho casuístico” que lo dote de contenido. En líneas similares DORRONSORO, C., “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, en AA. VV (dir. Odriozola, M), *Derecho español de la competencia*, t. I, Barcelona, Bosch, 2008 y PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario de Derecho y Economía de la competencia en España y Europa*, Madrid, Civitas, 2002, p. 233.

<sup>374</sup> Esta cuestión ha sido desarrollada anteriormente, *vid supra*, II, 1.

<sup>375</sup> Hacemos referencia al tipo de restricción porque como se verá más adelante, las restricciones de la competencia por el objeto están excluidas de la salvaguarda de la Comunicación *de minimis* (*infra*, IV, 3).

da una idea adecuada de cuándo es probable que no se dé esa afectación sensible o apreciable del orden concurrencial. Por tanto, el “supuesto A” es aquél en el que la probabilidad de ser y el ser coinciden<sup>376</sup>. De ahí que no se planteen demasiados problemas jurídicos en estos casos.

### 3.2. “Supuesto B”: Acuerdos que a pesar de no estar cubiertos por los umbrales predefinidos afectan de forma inapreciable a la competencia

Hay supuestos en los que el análisis de la sensibilidad de la restricción de la competencia y la salvaguarda establecida en la Comunicación *de minimis* difieren en sus resultados. Este es el caso, por ejemplo, de un acuerdo que, pese a superar los criterios cuantitativos establecidos en el texto predefinido por la CE, presenta un carácter inapreciable desde la perspectiva de la restricción de la competencia<sup>377</sup>. Esto es posible por cuanto que el empleo únicamente de cuotas de mercado puede no reflejar la realidad que se alcanza cuando se atienden todas las circunstancias determinantes de si un acuerdo afecta o no de forma significativa o apreciable a la competencia<sup>378</sup>.

Al respecto, no podemos obviar la especial importancia que revisten los criterios cualitativos, plenamente omitidos en las Comunicaciones *de minimis*<sup>379</sup>. Pensemos, por ejemplo, en un acuerdo con una duración muy breve; o en otro que se realiza en un mercado muy atomizado y en el que los consumidores tienen un elevado poder de mercado<sup>380</sup>. E incluso podrían invocarse otros factores cuantitativos de relevancia, como los volúmenes de negocio de las empresas implicadas o la extensión territorial en la que se despliegan los efectos derivados de la conducta analizada. Parece claro entonces que la toma en consideración de todos estos criterios puede conducir a resultados diferentes de los obtenidos al considerar solo el criterio de las cuotas de mercado en el que centra su atención la Comunicación *de minimis*.

En este “supuesto B” también nos encontramos ante una conducta lícita, puesto que la competencia efectiva no se ve lesionada. Lo que ocurre aquí es que, a diferencia

<sup>376</sup> En este sentido, el lenguaje empleado en la COM70 deja entrever esto mucho mejor que la actual COM14. Por ejemplo, basta con destacar las siguientes palabras: “under the definition given by the Commission, this condition is *in general* satisfied if...”. Énfasis añadido.

<sup>377</sup> OTTERVANGER, T.R y VAN DER VOORDE, S.J., “Chapter 9...”, cit., p. 9.38 y AA.VV., *Competition Law in the European Union...*, cit., p. 486.

<sup>378</sup> SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell*, Köln, Heymann, 1994, pp. 85-87.

<sup>379</sup> *Ibidem*, pp. 85-87 y MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 78 consideran que la restricción significativa de la competencia es una idea abierta a criterios tanto cuantitativos como cualitativos, aunque reconoce que a los primeros se les da mayor importancia.

<sup>380</sup> Ambas realidades elementos de la doctrina *de minimis* según GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 125. Asimismo, BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado...”, cit., p. 499, destaca la importancia de tener en cuenta el poder de negociación de la demanda a la hora de examinar el poder de mercado de una o varias empresas.

de lo acontecido en el “supuesto A”, la Comunicación se inhibe, al mostrarse insuficiente para analizar un concepto jurídico-indeterminado acreedor de gran complejidad. De hecho, si leemos con atención la COM14 resulta evidente que *esta hipótesis está explícitamente admitida, reconocida y prevista*. No en vano, la CE afirma en ella que “esta definición negativa de lo sensible no implica que los acuerdos entre empresas que superen los límites establecidos en esta Comunicación constituyan una restricción sensible de la competencia. Es posible que dichos acuerdos no tengan más que un efecto insignificante sobre la competencia y que, por tanto, no resulten prohibidos en virtud del artículo 101, apartado 1, del Tratado”<sup>381</sup>. Más claro, imposible.

El problema jurídico que suscita este supuesto es que en él las partes interesadas no gozan del nivel de seguridad jurídica que se da en el “supuesto A”. Además, ha de reconocerse que la CE no está obligada a realizar de oficio un examen más profundo de la apreciabilidad de la competencia que aquél al que se compromete en su Comunicación *de minimis*. Dicho de otro modo: la administración no tiene que demostrar que el acuerdo es apreciable. Eso se presume precisamente por no encajar en los umbrales de la salvaguarda fijados en la Comunicación. En consecuencia, la carga de la prueba pasa a estar en el tejado de los administrados. Es a ellos, en efecto, a quienes corresponde argumentar que no cabe hablar de una restricción de la competencia significativa o apreciable. Para lo cual tienen a su favor el hecho de que la presunción presente en la Comunicación *de minimis* es *iuris tantum* y no *iure et de iure*.

En un intento de ser igual de gráficos que el Abogado General en el caso *Budapest Bank* (al cual nos referiremos más adelante), podríamos ofrecer la siguiente explicación del supuesto que analizamos<sup>382</sup>: si nos encontramos con un ser vivo que tiene escamas y que huele a pez, probablemente sea un pez. Pero si éste presenta alguna característica particular, por ejemplo, la capacidad de volar, no se puede afirmar sin miedo a equivocarnos que tengamos delante un pez. De igual modo, si enjuicamos una concurrencia de voluntades que no encaja en el puerto seguro predefinido por la CE, seguramente trataremos con una conducta que restringe de manera significativa la competencia. Mas si resulta que hay alguna circunstancia que pone en tela de juicio esta apreciación preliminar, la autoridad *antitrust* debe examinar y descartar el hecho de que el acuerdo sea inocuo para la competencia efectiva o funcional.

---

<sup>381</sup> COM14, apdo. 3°.

<sup>382</sup> *Infra*, 1ª Parte, IV, 3.

### 3.3. “Supuesto C”: Acuerdos cubiertos por los umbrales predefinidos pero que pese a ello restringen de forma significativa la competencia

Como ya se ha dicho, hay supuestos en los que la apreciabilidad en la restricción de la competencia y la salvaguarda establecida en la Comunicación *de minimis* no coinciden. Tras estudiar una de estas posibilidades en el “supuesto B”, es ahora el turno de abordar el error de la Comunicación *de minimis* al otro extremo, es decir, considerar inapreciable aquello que en realidad es apreciable. Este es el caso de un acuerdo que pese a no superar los criterios cuantitativos establecidos por la autoridad *antitrust*, presenta un carácter sensible de la restricción de la competencia en función de otros factores<sup>383</sup>.

En primer lugar, cabe destacar que si se ha reconocido que atender a otras circunstancias más allá de la cuota de mercado puede implicar que una conducta no sea apreciable para la competencia, se tiene que admitir de igual forma la situación inversa<sup>384</sup>. Nos referimos a acuerdos que cumplen los límites fijados por la Comunicación pero que pese a ello suponen una restricción significativa de la competencia. Sin embargo, este caso es mucho más complicado de comprender, puesto que en él existe una aparente contradicción. Y es que el acuerdo es ilícito, por afectar de forma apreciable a la competencia. Pero, por otro, está permitido, por disfrutar de la protección prevista en la Comunicación *de minimis*.

Al respecto, hemos de aceptar que si un acuerdo afecta de forma apreciable o significativa a la competencia, el hecho de que éste encaje en la Comunicación de acuerdos de menor importancia no lo convierte en lícito, dada la lesión que produce al bien jurídico protegido. Esto es debido a que su legalidad o licitud radica en la apreciabilidad de la restricción concurrencial, pero no en los criterios cuantitativos definidos por la administración. Recordemos que el *status* de la doctrina *de minimis* es superior a la Comunicación. Y que por ello sería una incongruencia insalvable considerar que aquella ha de quedar vinculada, atada o agotada por lo que ésta diga o deje de decir. De hecho, no cabe olvidar que la Comunicación *de minimis* es simplemente una *guía* para las empresas, los órganos jurisdiccionales y los EEMM.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que un acuerdo que no encaja en la Comunicación *de minimis* no puede ser objeto de sanción. Así se deduce de lo establecido en la COM14, al decir que “en los casos que entren en el ámbito de la presente Comunicación, la CE no incoará un procedimiento, ni previa petición ni por iniciativa propia. Además, cuando haya incoado un procedimiento, pero las empresas

<sup>383</sup> AA.VV., *Competition Law in the European Union...*, cit., p. 414.

<sup>384</sup> MONTI, G., *EC Competition...*, cit., p. 155.



puedan demostrar que han considerado de buena fe que no se excedieron las cuotas de mercado mencionadas, la CE no impondrá multas”<sup>385</sup>.

El motivo de esta impunidad, empero, no se encuentra en la licitud del acuerdo ni en la tipicidad. Se ubica en un elemento dogmático posterior del tipo, como es la culpabilidad<sup>386</sup>. En particular, la razón por la que esta conducta no se sanciona, pese a ser restrictiva de la competencia de manera significativa, es el principio de confianza legítima<sup>387</sup>. Como la CE queda vinculada por sus propias palabras, no se pueden defraudar las legítimas expectativas que la Comunicación *de minimis* crea a los administrados sobre la legalidad de su actuación, incluso aunque el acuerdo sea lesivo para la competencia efectiva<sup>388</sup>.

En consecuencia, cuando un acuerdo encaja en la Comunicación *de minimis*, las partes interesadas pueden estar tranquilas porque gozan de un “puerto seguro”, con independencia de que la restricción de la competencia sea sensible o no. No obstante, esto es así por motivos de seguridad jurídica, no porque el acuerdo se transforme o convierta en legal en estos casos.

En este sentido, un acuerdo que encaja en el art. 101.1 TFUE pero que no está prohibido ha de ser considerado, inequívocamente, una exención<sup>389</sup>. He aquí, por tanto, un supuesto residual en el que adquieren cierta lógica las réplicas realizadas contra la doctrina mayoritaria. En efecto, cuando una conducta encaja en la Comunicación *de minimis* no se incoa procedimiento, y si se ha iniciado pero se demuestra el cumplimiento de los criterios cuantitativos, no se impone sanción. Sin embargo, si más tarde llevásemos a cabo un examen más profundo y se determinara que el acuerdo afecta de forma significativa a la competencia, éste seguiría sin poder ser sancionado, merced al principio de confianza legítima<sup>390</sup>.

Así, en este supuesto el *public enforcement* del Derecho *antitrust* se consume por decisión propia de la autoridad de la competencia. El *private enforcement*, empero, no es descartable<sup>391</sup>. Al fin y al cabo, la COM14 garantiza que los ilícitos más

<sup>385</sup> COM14, apdo. 5º.

<sup>386</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “La confianza..., cit., pp. 115 y ss y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La aplicación del principio de confianza..., cit., p. 639.

<sup>387</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “La confianza..., cit., pp. 105-10 relaciona el principio de confianza legítima con el principio general de la buena fe, el cual podemos ver enunciado en la propia COM14. También relaciona la Comunicación *de minimis* con el principio de confianza legítima SONNBERGER, M., *Die spürbarkeit im europäischen Kartellrecht*, Wien, Verlag Österreich, 2017, p. 151.

<sup>388</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “La confianza..., cit., p. 106.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>390</sup> AA.VV., *Competition Law in the European Union...*, cit., p. 414.

<sup>391</sup> A favor, PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas..., cit., p. 91. En contra de que una conducta típica pero no prohibida por el principio de confianza legítima pueda ser fundamento de un daño resarcible a través del

peligrosos para la libre competencia no gocen del puerto seguro y que tan solo unos pocos casos, de no mucha envergadura, queden exceptuados<sup>392</sup>. Es infrecuente que una conducta que no supere los requisitos cuantitativos afecte de forma apreciable a la competencia<sup>393</sup>. Pero aceptando lo anterior, nada impide que los particulares sean resarcidos por un acuerdo ilegal que les ocasiona un daño, aun cuando la CE no lo sancione. No obstante, para ello deben demostrar que éste afectó de manera sensible a la competencia, materia sobre la cual la administración no se puede pronunciar sin estar maniatada por la Comunicación *de minimis*.

### 3.4. Implicaciones de la conciliación señalada para los programas de clemencia y la aplicación privada del Derecho antitrust

La doctrina *de minimis*, entendiendo por ésta el carácter sensible de la restricción de la competencia, ha de considerarse que responde a un principio de legalidad. Así, los acuerdos que no afectan de forma apreciable a la competencia son legales porque escapan de la prohibición del art. 101.1 TFUE. No pueden ser conductas sancionadas porque les falta una exigencia del tipo, aunque de carácter jurisprudencial, como es la capacidad de afectar de forma sensible a la competencia.

Sin embargo, la relación entre la apreciabilidad de la restricción de la competencia y la Comunicación *de minimis* no es asunto sencillo. Como hemos tratado de explicar en el epígrafe anterior, es posible que exista coincidencia entre ambas. Pero también puede ocurrir que discrepen, bien porque sea inapreciable una conducta no cubierta por la COM 14, bien porque sea apreciable otra que sí que lo esté. Esta interconexión compleja tiene importantes incidencias en temas candentes del Derecho *antitrust*, como los programas de clemencia o la aplicación privada, especialmente en el llamado “supuesto C”<sup>394</sup>.

---

ejercicio de una acción de responsabilidad civil COSTAS COMESAÑA, J., “La confianza legítima...”, cit., pp. 109-110.

<sup>392</sup> COM14, apdo. 13°.

<sup>393</sup> Pero ello puede ocurrir, de ahí el rechazo de Irlanda a la recepción de una regla de *de minimis* puramente cuantitativa en la medida en que una empresa con escasa cuota de mercado o poco volumen de negocio puede afectar a la competencia de forma sensible merced al producto o servicio concernido, la estructura del mercado afectado, la duración, etc. Vid POWER, V., *Competition Law...*, cit., pp. 380-381.

<sup>394</sup> Tanto los programas de clemencia como la aplicación privada del Derecho *antitrust* son materias que han recibido mucha atención por parte de la doctrina científica en los últimos años. A modo ejemplificativo, y sin desmerecer a otros autores, referenciamos algunos de los últimos trabajos publicados en torno a estas cuestiones. Por un lado, en lo que respecta a los programas de clemencia *vid*, DE LA VEGA GARCÍA, F., *La clemencia...*, cit; BALASINGHAM, B., *The EU leniency policy: reconciling effectiveness and fairness*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2017; AA.VV., *Cartels and leniency review* (eds. BURETTA, J y TERZAKEN, J), 7<sup>th</sup> ed, London, Law Business Research, 2019 y HALVORSEN BARLUND, I.M., *Leniency in EU competition law*, The Netherlands, Kluwer law international, 2020. Por otro lado, en relación con la aplicación privada del Derecho *antitrust*, *vid* AA.VV., *Resarcimiento de daños por infracción de las normas concurrenciales en el Real Decreto-Ley 9/2017 de Transposición de la Directiva 2014/104/UE* (dir. GÓMEZ TRINIDAD, S), Madrid, Marcial Pons, 2021; AA.VV., *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la*

Respecto a los programas de clemencia, ha de señalarse que en el “supuesto A”, esto es, cuando un acuerdo encaja en la Comunicación y no afecta de forma sensible a la competencia, no tiene mucha utilidad su solicitud. La empresa que pone en comunicación de la autoridad el acuerdo no se beneficia en nada porque éste es legal y además está cubierto por el “puerto seguro” de la Comunicación, por lo que con seguridad no será sancionada. Algo muy parecido ocurrirá en el “supuesto C”, ya que en este caso, aunque el acuerdo es ilícito y afecte de forma sensible a la competencia, no se imponen sanciones. Por esta razón tampoco tiene mucho sentido, en este contexto, la solicitud de un programa de clemencia.

No obstante, en el “supuesto B” sí que puede ser recomendable la solicitud de un programa de esta naturaleza. La explicación es muy simple: dado que la apreciabilidad en la competencia es un concepto jurídicamente indeterminado, y que además el hecho de no encajar en los criterios de la Comunicación puede ser una presunción *iuris tantum* de sensibilidad, con la solicitud de clemencia el solicitante se cubre las espaldas. Esto, obviamente, sin perjuicio de que finalmente se reconozca la insignificancia de la conducta y no se impongan sanciones.

Por otro lado, en lo que concierne a la aplicación privada del Derecho *antitrust*, es palmario que ésta no tiene cabida cuando la restricción de la competencia es inapreciable, porque en dicho caso la conducta es legal y, por tanto, no hay comportamiento que encaje en el art. 101.1 TFUE. Esto sucede en los supuestos “A y B”. De ahí que en el “supuesto C” sí sea concebible, en teoría, la aplicación privada del Derecho *antitrust*.

A priori, puede pensarse que al no haber sanción administrativa tampoco se puede optar a que los individuos agraviados puedan solicitar daños y perjuicios<sup>395</sup>. No obstante, lo cierto es que en este caso estamos ante un ilícito *antitrust* (aunque excepcionado de la sanción por el principio de confianza legítima) que ha ocasionado

---

*competencia* (coord. CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; MARTÍN MARTÍN, G.A., *Competencia, enriquecimiento y daños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; AA.VV., *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dir. RUIZ PERIS, J.I), Cizur Menor, Aranzadi, 2019; AMARO, R y NIHOUL, P., *Private enforcement of competition law in Europe*, Brussels, Bruylant, 2021; AA.VV., *Private regulation and enforcement in the EU* (eds. COCK BUNING, M y SENDEN, L), Oxford, Hart Publishing, 2020; AA.VV., *The private competition enforcement review* (ed. GOTTS, I), London, Law Business Research, 2019 y VERDEGUER, M., “The EU Court of Justice issues a preliminary ruling clarifying the single economic unit doctrine in private enforcement providing an analysis that has far-reaching consequences on future damages claims across the EEA (*Sumal/ Mercedes Benz Trucks España*)”, *e-Competitions Bulletin*, núm. 103583, 2021, disponible en [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) (Consultado por última vez el 20 de enero de 2022).

<sup>395</sup> A favor, PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 91. En contra de que una conducta típica pero no prohibida por el principio de confianza legítima pueda ser fundamento de un daño resarcible a través del ejercicio de una acción de responsabilidad civil COSTAS COMESAÑA, J., “La confianza legítima...”, cit., pp. 109-110.

un daño. Y es injusto que por el hecho de que la CE decida no sancionar sobre la base de ciertos criterios cuantitativos, los perjudicados no puedan reclamar lo que conforme a Derecho les corresponde. Veámoslo así si se quiere: la autoridad *antitrust* puede que haya “exculpado” el comportamiento típico y antijurídico, pero en ningún caso puede obligar a los individuos dañados a que hagan lo mismo. Son dos esferas del Derecho conectadas, pero diferentes.

Pese a ello, como resulta obvio, hemos de reconocer que la carga de la prueba en este supuesto es muy pesada. Por un lado, nos enfrentaríamos a la propia de cualquier juicio por reclamación de daños derivados de un ilícito *antitrust*, ya de por sí no exenta de problemas<sup>396</sup>. Pero, por otro, además, tendríamos que demostrar que una conducta incoada o no sancionada por la CE por encajar en los umbrales preestablecidos en la Comunicación *de minimis*, afecta de forma apreciable a la competencia. Fácilmente se comprende que el riesgo que asumimos en estos casos al iniciar el pleito es, a todas luces, altísimo.

Se comprende así que, aun siendo teóricamente posible a tenor de la argumentación que hemos seguido, es poco probable que en la práctica veamos supuestos de esta índole. De haberlos, además, surgiría una cuestión conflictiva como es la disparidad de los distintos EEMM sobre esta cuestión, ya que estas controversias deberían ser planteadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales de los socios comunitarios. Y, en cualquier caso, quedaría siempre la duda de cómo el TJUE consideraría esa conducta si tuviese ocasión de discernir si afecta o no de manera apreciable o significativa a la competencia.

Debido a la complejidad que acabamos de apuntar, quizás sea oportuno considerar en el “supuesto C” que la Comunicación *de minimis* es una presunción *iure et de iure* de falta de apreciabilidad en la restricción de la competencia, lo que jugaría

---

<sup>396</sup> *Vid.*, entre otros, RODGER, B, SOUSA FERRO, M y MARCOS FERNÁNDEZ, F., “A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU Antitrust Damages Directive in sixteen Member States”, *Maastricht journal of European and comparative law*, Vol. 26, núm. 4, 2019; OLMEDO PERALTA, E., “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (umbrella pricing): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la competencia”, *RDCD*, núm. 15, 2014, pp. 8-10; MARTORELL ZULUETA, P., “Prueba del daño y aplicación privada de la competencia”, en AA.VV (coord. RUIZ PERIZ, J.I), *La compensación de daños por infracción de las normas de la competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 303-320; CASADO NAVARRO, A., “Las acciones de daños stand-alone y su contribución a la eficacia del Derecho de la Competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 70, 2020; versión online disponible en [laleydigital.laleynext.es](http://laleydigital.laleynext.es) (Consultado por última vez el 11 de enero de 2022); MARCOS, F., “Primeras sentencias de las Audiencias Provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones” *RDCD*, núm. 26, 2020, versión online disponible en [laleydigital.laleynext.es](http://laleydigital.laleynext.es) (Consultado por última vez el 11 de enero de 2022); CARRASCO PERERA, A., “El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño”, *RDCD*, núm. 25, 2019, versión online disponible en [laleydigital.laleynext.es](http://laleydigital.laleynext.es) (Consultado por última vez el 11 de enero de 2022) y ZURIMENDI ISLA, A., “Las reclamaciones de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenciales”, *RDM*, núm. 306, 2017.

a favor de las empresas que actuaron considerando de buena fe que no se excedieron las cuotas de mercado mencionadas.

### III. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA MENOR IMPORTANCIA DE UN ACUERDO

Argumentada la licitud de las conductas *de minimis* en el Derecho *antitrust* comunitario, es momento de pasar a abordar los criterios conforme a los cuales se determina el carácter inapreciable o no significativo de un comportamiento concurrencial. En síntesis, los posibles parámetros de valoración a utilizar para este asunto se pueden clasificar en torno a los tres grupos siguientes<sup>397</sup>:

1º) *Criterios cuantitativos*, esto es, aquellos que fundamentan el carácter insignificante o inapreciable de un acuerdo en el tamaño de las empresas que lo ponen en práctica, para lo cual se recurre a indicios tales como las cuotas de mercado y/o los volúmenes de negocios de dichas empresas.

2º) *Criterios cualitativos o de comportamiento*, es decir, aquellos que atienden a la naturaleza y características del acuerdo enjuiciado, sin tomar en consideración la dimensión o el tamaño de las compañías que en él participan.

3º) *Criterio mixtos*, esto es, en parte cuantitativos y en parte cualitativos, que resulta de una combinación de los criterios anteriores, que conducen al aplicador de la norma *antitrust* a tener en cuenta tanto la magnitud de las empresas participantes en el acuerdo como el propio comportamiento anticoncurrencial<sup>398</sup>.

Realizada esta aclaración, parece evidente que la determinación en sede comunitaria de la menor o escasa importancia de un acuerdo exige examinar qué criterios de entre los señalados han sido los elegidos por las instancias europeas pertinentes a la hora de llenar de contenido la expresión “afectación sensible o significativa de la competencia”.

Para ello revisten especial interés las sentencias del TJUE y, en cierto modo, las Comunicaciones *de minimis* de la CE. Aunque, en honor a la verdad, no podemos

---

<sup>397</sup> Entre otros, SONNBERGER, M., *Die spürbarkeit...*, cit., p. 104; MIRANDA SERRANO, L.M., “La problemática *antitrust*...”, cit., p. 691 y LAURILA, M., “The *de minimis*...”, cit., p. 97.

<sup>398</sup> Este enfoque mixto es claramente defendido por MARÍN NARROS, H.D., *Basic handbook on the essentials of EU competition law*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 111, quien habida cuenta de la jurisprudencia del TJUE determina que una aproximación cuantitativa pura a la regla *de minimis* está equivocada, toda vez que puede suceder que, a pesar de existir unas cuotas de mercado pequeñas, el acuerdo no sea *de minimis* a consecuencia del carácter fragmentado del mercado y que las empresas involucradas en el acuerdo excedan las cuota de mercado y volumen de ingresos de las competidoras. En la misma dirección en Italia VAN BAEL y BELLIS., *Il Diritto...*, cit., p. 86. En España PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., p. 523. Y en Alemania SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell...*, cit., pp. 85-87.

perder de vista que las referidas Comunicaciones, pese de contribuir a la seguridad jurídica, recordemos, no son determinantes para fijar por sí mismas el carácter apreciable de la restricción de la competencia<sup>399</sup>.

Los criterios utilizados no han permanecido invariables desde el momento en que se formuló por primera vez la doctrina *de minimis* en el Derecho *antitrust* de la UE<sup>400</sup>. En rigor, la doctrina ha distinguido, *grosso modo*, dos etapas diferentes<sup>401</sup>;

1ª) Durante la primera de ellas, las autoridades *antitrust* comunitarias parecen entender la menor importancia de un acuerdo como el cumplimiento por parte de las empresas que en él participan de dos requisitos: uno relativo a la cuota de mercado y otro al volumen de negocios. De modo que, durante esta primera fase, la clave sobre la cual pivota el carácter *de minimis* de una conducta no tiene nada que ver con el comportamiento en sí, sino tan solo con la magnitud de las empresas que adoptan el acuerdo. Se trata, por tanto, de una “delimitación cuantitativa” de la menor importancia.

2ª) Sin embargo, más tarde parece abrirse paso una “concepción mixta” en la que no todo acuerdo cuyos criterios cuantitativos se sitúen por debajo de los umbrales preestablecidos en la Comunicación *de minimis* queda fuera de la prohibición<sup>402</sup>. Así lo corrobora la COM01 en la que la CE recurre a una lista negra de restricciones concurrenciales situadas al margen de la salvaguarda en ella predefinida. Posteriormente, a partir de la STJUE del caso *Expedia* y su correlativa COM14, ese conjunto de conductas *per se* de mayor importancia se amplió a cualquier acuerdo restrictivo de la competencia por el objeto<sup>403</sup>. Desde esta perspectiva, por tanto, la delimitación de la menor importancia se realiza de forma mixta, como resultado de una combinación de criterios cuantitativos y cualitativos.

<sup>399</sup> Entre otros, BLASSELEE, R., *Traité de droit...*, cit., p. 523 y MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 87. Al respecto, IBÁÑEZ COLOMO, P y GOVAERE, I., “*De minimis* rule...”, cit, señalan acertadamente que el propósito de estas comunicaciones es avanzar las circunstancias en las que un acuerdo, desde el punto de vista de la autoridad de defensa de la competencia, *probablemente* no tiene un efecto significativo en la competencia.

<sup>400</sup> El motivo quizás se encuentra en que las decisiones formales en casos de escasa importancia son poco frecuentes, ya que normalmente la CE resuelve este tipo de casos informalmente. Así lo cree LAURILA, M., “The *de minimis*...”, cit., p. 99.

<sup>401</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias...”, cit., p. 87.

<sup>402</sup> RITTER, L; BRAUN, D y RAWLINSON, F., *European competition Law: A Practitioner’s Guide*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 57.

<sup>403</sup> Lo que hace que la salvaguarda de la COM14 sea “frágil” o “débil”. Vid LENOIR, N y PLANKENSTEINER, M., “Accords d’importance mineure”, *Kramer Levin*, septiembre de 2014, disponible en [www.kramerlevin.com](http://www.kramerlevin.com) (Consultado por última vez el 16 de marzo de 2021).

Ahora bien, en nuestra opinión, la apuntada concepción mixta de la menor importancia es una malinterpretación de los criterios conforme a los cuales se puede determinar el carácter inapreciable de un comportamiento concurrencial. Desde nuestro punto de vista, no negamos la existencia de un criterio mixto, pero entendemos que éste se ha de entender de una forma diferente. En concreto, el criterio mixto que defendemos consiste en tener en cuenta *todo un elenco de elementos, de índole tanto cuantitativo como cualitativo*, útiles para determinar en cada caso si nos encontramos ante una conducta de mayor o menor importancia<sup>404</sup>. Nos explicamos:

Como sabemos, la afectación sensible o apreciable de la competencia *está vinculada al concepto de restricción concurrencial*, no al de empresa o al de acuerdo. Por consiguiente, la clave que determina que una conducta sea *de minimis* no puede basarse, simple y únicamente, en criterios cuantitativos vinculados a la dimensión de las empresas que la realizan. Al mismo tiempo, tampoco tiene sentido excluir siempre y en todo caso un cierto tipo de acuerdo de la noción de efecto inapreciable sobre el orden concurrencial<sup>405</sup>.

A nuestro juicio, lo correcto es discernir si la restricción de la competencia es o no significativa, para lo cual resultan de interés criterios cuantitativos, referidos a las empresas, y cualitativos, relacionados con el acuerdo o con el mercado, entendiendo por éstos no solamente los referidos al tipo de acuerdo, sino también a las circunstancias concretas que en cada caso lo rodean<sup>406</sup>.

Así ha de ser si consideramos que el germen del test comunitario de la apreciabilidad o la sensibilidad en la restricción de la competencia se encuentra en la regulación alemana del fenómeno conocido como "*Mittelstandskartell*"<sup>407</sup>. En efecto, la normativa *antitrust* de origen germano, prácticamente desde sus inicios, ha venido dispensando un trato diferente a los "cárteles formados por PYMES", siempre que éstos reuniesen, al menos, dos requisitos: a) la mejora de la productividad y competitividad de este tipo de empresas y b) la no afectación significativa de la competencia y el mercado<sup>408</sup>. Pues bien, en lo que respecta al último de los

<sup>404</sup> HAWK, B.E; BELLAMY, C; JACOBS, F.G y CASPARI, M., "EEC Enforcement policy and practice: panel discussion", *Antitrust Law Journal*, Vol. 54, núm. 2, 1985, p. 622 y SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell...*, cit., pp. 85-87.

<sup>405</sup> Entre otros, IBÁÑEZ COLOMO, P y GOVAERE, I., "De minimis rule...", cit; TOWNLEY, C., *Article 81 EC and public policy*, Oxford, Hart Publishing, 2009 y MONTI, G., *EC Competition...*, cit., p. 154.

<sup>406</sup> En líneas similares, SONNBERGER, M., *Die spürbarkeit...*, cit., p. 104 define los criterios cualitativos como aquellos criterios que no pueden designarse como cuantitativos, interpretación amplia que compartimos. El ordenamiento jurídico suizo, por ejemplo, es un claro ejemplo de aplicación de criterios cuantitativos y cualitativos en la doctrina *de minimis*. Vid, DIEBOLD, N y SCHÄKE, C., "*De minimis* Exceptions...", cit., p. 109.

<sup>407</sup> Si bien en este trabajo no consideramos, en absoluto, que la doctrina de *de minimis* de ámbito comunitario pueda equipararse, simple y llanamente, a la regulación prevista en Alemania para el fenómeno conocido como "*Mittelstandskartell*", sí que reconocemos que, con bastante probabilidad, el test de la apreciabilidad se inspiró, al menos en un primer momento, en esta previsión de origen germano.

<sup>408</sup> En la actualidad, este régimen se puede encontrar en el art. 3 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley de Defensa de la Competencia alemana), de 26 de agosto de 1998.

presupuestos señalados, la doctrina alemana ha venido considerando, desde la década de los años 70, que la cuestión de cuándo existe un deterioro significativo de la competencia solo puede determinarse en casos individuales mediante la evaluación general de los efectos del acuerdo, atendiendo a criterios cuantitativos y cualitativos<sup>409</sup>.

De modo que una conducta es apreciable para la competencia o no prestando atención a *cualquier* elemento que sea útil para concluir *que el daño o la puesta en peligro para la competencia efectiva* es escaso, insignificante o de poca importancia. En consecuencia, la finalidad última de los parámetros de valoración ha de residir en determinar si cabe o no hablar de lesión actual o potencial al bien jurídico protegido y tutelado por la norma (art. 101.1 TFUE).

En consecuencia, desde nuestro punto de vista, las conductas de escasa importancia son *aquellas en las que, a la vista de todos los elementos que concurren en el caso concreto, la eficiencia del sistema concurrencial (esto es, la workable competition) únicamente se ve dañada o puesta en peligro de una manera tan insignificante o inapreciable que no se justifica la intervención del Derecho antitrust*<sup>410</sup>.

Una definición como la ofrecida es coherente con la utilización de criterios cualitativos como herramienta no para excluir algunos tipos de acuerdos de la salvaguarda de la Comunicación *de minimis*, sino como auténticos parámetros para determinar su escasa importancia<sup>411</sup>. A modo de ejemplo cabe destacar, entre otros, el efecto potencial para la competencia de un acuerdo cuya duración es tan corta que no puede esperarse razonablemente que pueda restringir la competencia de forma apreciable<sup>412</sup>. O las características especiales de un mercado que, en consideración a su naturaleza fragmentada, justifican que unas empresas con unas cuotas de mercado bajas sean capaces de restringir la competencia de forma apreciable<sup>413</sup>.

<sup>409</sup> GRAUEL, H y MACK, W., *Das Mittelstandskartell...*, cit., p. 27 y SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell...*, cit., pp. 85-87.

<sup>410</sup> Ésta es, por tanto, la definición de acuerdo de menor importancia a la que hemos llegado a la luz de este estudio monográfico. Esta descripción es fruto de los razonamientos expuestos hasta ahora y aquellos otros que se pueden encontrar en páginas sucesivas.

<sup>411</sup> HAWK, B.E; BELLAMY, C; JACOBS, F.G y CASPARI, M., “EEC Enforcement...”, cit., p. 622 y LAURILA, M., “The *de minimis*...”, cit., p. 99, quien dice en la p. 102, en la nota 1ª, que la idea cualitativa *de minimis* parece confundir un efecto insignificante en la competencia con un acuerdo que no restringe la competencia en absoluto o que tiene efectos procompetitivos. También TOWNLEY, C., *Article 81 EC...*, cit., p. 302, quien afirma que determinar si la competencia está significativamente afectada es un test cuantitativo que no impide la existencia de un elemento cualitativo, por lo que la irrelevancia puede venir determinada, en definitiva, de un modo cuantitativo o cualitativo. Ejemplo de utilización de criterios cuantitativos y cualitativos en la aplicación de la doctrina *de minimis* es el ordenamiento suizo. Vid, DIEBOLD, N y SCHÄKE, C., “*De minimis* Exceptions...”, cit., p. 109.

<sup>412</sup> TOWNLEY, C., *Article 81 EC...*, cit., p. 303; GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 125 y LAURILA, M., “The *de minimis*...”, cit., p. 99.

<sup>413</sup> BLASSELEE, R., *Traité de droit...*, cit., p. 527.



Para abordar el asunto que ahora nos ocupa exponemos, en primer lugar, la evolución histórica de los criterios que han sido aplicados a la doctrina *de minimis*; en particular, comentamos las Comunicaciones sobre la menor importancia que se han ido sucediendo en el tiempo, cuya toma en consideración permite constatar las dos etapas diferenciadas por la doctrina científica [*infra*, 1.1]. Seguidamente, reflexionamos sobre las STJUE más relevantes sobre la materia, merced a las que cabe sostener una delimitación de la menor importancia como la que aquí mantenemos [*infra*, 1.2]. Por último, centramos la atención en el estado actual de la cuestión, analizando la STJUE en el caso *Expedia* y los criterios vigentes en la COM14 [*infra*, 2].

### 1. Evolución histórica de los criterios aplicados en la doctrina *de minimis*

Acabamos de apuntar que los criterios que determinan el carácter *de minimis* de una conducta son de naturaleza cuantitativa y cualitativa, sugiriendo con ello la defensa de una tesis mixta en la concepción de la menor importancia<sup>414</sup>. A partir de ahora, tratamos de llenar de contenido el concepto jurídico indeterminado que entraña la expresión “afectación sensible o apreciable de la competencia”, con el objeto de paliar, en la medida de lo posible, su indeterminación. Esto, además, parece imprescindible para elaborar más adelante la segunda parte de este trabajo, correspondiente al ordenamiento jurídico español.

Con la finalidad de entender las etapas que la doctrina ha diferenciado históricamente en la determinación de la menor importancia, así como la propuesta mixta que aquí defendemos, dividimos el presente epígrafe en dos subepígrafes: 1º) En el primero, comentamos brevemente las Comunicaciones que en materia de menor importancia ha ido elaborando la CE. 2º) En el segundo, prestamos atención a la jurisprudencia del TJUE en aras de comprender los criterios a utilizar en la práctica en esta materia, más allá del puerto seguro predefinido por la CE en las sucesivas Comunicaciones *de minimis*. A continuación, explicamos de manera sucinta el motivo de esta estructura:

*Primero.* Para examinar los criterios que determinan el carácter *de minimis* de un acuerdo, conviene conocer la perspectiva que la CE ha mantenido al respecto en las sucesivas Comunicaciones sobre la menor importancia. No en vano, dichas

---

<sup>414</sup> Podemos intuir que coincide con nosotros COSTAS COMESAÑA, J., “Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t. XV, 1993, p. 154. Aunque es cierto que el autor afirma que la delimitación de la escasa importancia debe ser únicamente de índole cuantitativa, consideramos que esta afirmación se explica, en buena medida, debido a la regulación vigente en el momento en que redactó el artículo referido, esto es, la LDC/89 (*Infra*, 2ª Parte, I, 2). No en vano, el autor también apunta inequívocamente que “las limitaciones a la competencia cualitativamente irrelevantes no están incluidas en la cláusula general prohibitiva del art. 1.1 LDC/89”. De modo que es fácil intuir que también pensará que los comportamientos cualitativamente insignificantes tampoco están incluidos en el art. 101.1 TFUE.

Comunicaciones son los instrumentos que más atención ofrecen a este asunto y, a su vez, constituyen los documentos a los que más atención han prestado quienes han analizado este tema. En concreto, estudiamos, por un lado, la COM70, la COM77 y la COM86, pertenecientes todas ellas a la primera etapa delimitadora de la menor importancia, conformada tan solo por criterios cuantitativos. Por otro lado, analizamos la COM97 y la COM01, que se corresponden con la segunda etapa delimitadora de las conductas *de minimis*, es decir, con aquella que repara en el tipo de acuerdo para excluir algunos de ellos de los umbrales fijados en dichas Comunicaciones.

*Segundo.* Una vez conocidos los criterios manejados en el enjuiciamiento *ex ante* de la apreciabilidad en la competencia llevado a cabo por la CE, conviene detenerse en la jurisprudencia del TJUE, toda vez que sin tomar en consideración estos pronunciamientos judiciales tan solo podríamos alcanzar una visión parcial de los criterios empleados. De hecho, actuar de ese modo nos conduciría a una concepción viciada del concepto de acuerdo de menor importancia. De ahí que prestemos atención, entre otros, a los casos *SA Musique Diffusion française*, *Stergios Delimitis*, *Langnese y European Night Services*<sup>415</sup>. Esta jurisprudencia demuestra que el carácter apreciable o sensible en la restricción de la competencia es un asunto complejo que depende del caso concreto. Además, pone de manifiesto que la Comunicación de la CE tan solo puede ofrecernos una aproximación al tema, pero sin agotar el concepto de menor importancia.

### *1.1. Las Comunicaciones de la CE anteriores a la vigente de 2014*

Como se ha puesto de manifiesto, las decisiones de la CE y la jurisprudencia del TJUE en materia de apreciabilidad o sensibilidad en la restricción de la competencia, pese a su carácter bondadoso e innovador, generaron en su origen cierta inseguridad jurídica. Principalmente, las dudas surgieron acerca de cuáles son los verdaderos criterios empleados para determinar la existencia de afectación sensible de la competencia y su alcance.

Para resolver la cuestión apuntada, la CE recurrió a la vía de las Comunicaciones. Efectivamente, la apuesta y preferencia por este instrumento de Derecho comunitario ha sido clara desde el principio, rechazándose otros como los Reglamentos, las Directivas o las Recomendaciones. De ahí que las Comunicaciones de la CE se hayan convertido, sin lugar a dudas, en la herramienta protagonista o

---

<sup>415</sup> SSTJUE de 7 de junio de 1983, *SA Musique Diffusion française and others* (asuntos acumulados C-100/80, 101/80, 102/80 y 103/80) y de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu* (asunto C-234/89); SSTPI de 8 de junio de 1995, *Langnese-Iglo v. Commission* (asunto T-7/93) y de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94).

principal a través de la cual se ha dotado de contenido a la doctrina *de minimis* a lo largo de la historia.

En concreto, la CE utiliza por vez primera este instrumento para abordar la doctrina *de minimis* en la COM 1970. Es cierto que ella arrojó algo de luz sobre una noción que hasta ese momento era un concepto jurídicamente indeterminado. Ahora bien, no menos verdad es que la labor de la CE en esa primera Comunicación no fue definitiva, como lo demuestran las sucesivas Comunicaciones que posteriormente han ido publicándose, a través de las cuales se ha venido a matizar, ampliar y modificar la primera aproximación a la doctrina *de minimis* efectuada por la CE en la referida COM 1970.

A continuación, comentamos brevemente las Comunicaciones de la CE en materia de menor importancia que se han ido sucediendo en el tiempo, agrupándolas en torno a las dos etapas diferenciadas por la doctrina en esta materia, a las que más arriba hicimos expresa referencia.

- a) Las Comunicaciones conformadoras de la primera etapa: la COM70, la COM77 y la COM86

El TJUE consideró, en un primer momento, que todos los acuerdos que encajasen en el tenor literal del precepto prohibitivo de las prácticas colusorias estaban prohibidos *per se*<sup>416</sup>. Así lo corrobora la STJUE de 13 de julio de 1966, en la que el Alto Tribunal comunitario afirmó que es conforme a Derecho que la CE entienda que un acuerdo constituye una infracción del art. 101.1 TFUE, sin que ninguna consideración posterior, ni de los aspectos económicos ni de sus posibles efectos favorables, pueda llevar a una solución diferente<sup>417</sup>.

Sin embargo, la STJUE del caso *Völk* (más arriba explicada) supuso un cambio de orientación en esa interpretación. No en vano, con ella el TJUE dejó de sostener la innecesariedad de analizar los efectos anticompetitivos de un acuerdo cuando su objeto anticompetitivo fuera manifiesto<sup>418</sup>. En este sentido, recordemos que en esta resolución judicial se tiene en cuenta por primera vez la reducida participación en el mercado de las empresas firmantes del acuerdo para considerarlo de menor importancia y, por consiguiente, dejarlo al margen de la sanción *antitrust*. Pues bien, justamente al hilo de

<sup>416</sup> STJUE de 13 de julio de 1966, *Consten and Grundig* (asunto C-58-64/66).

<sup>417</sup> *Ibidem*. Esta postura contrasta con la que se mantendría algunos años más tarde, pues se evita en este pronunciamiento la aplicación de la *rule of reason* que fue invocada por la parte actora. Al respecto, *vid* RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia práctica...”, cit., p. 17 y BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor...”, cit., p. 44.

<sup>418</sup> VEROUDEN, V., “Vertical agreements...”, cit., p. 548 y RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia...”, cit., p. 17.

este importante pronunciamiento jurisprudencial, se formula la primera Comunicación de la CE en materia de menor importancia<sup>419</sup>.

*Grosso modo*, la COM70 maneja un término uniforme de la apreciabilidad que abarca indistintamente tanto el efecto sobre el comercio comunitario como el efecto sobre la competencia<sup>420</sup>. A su vez, establece una salvaguarda de índole cuantitativa para aquellos acuerdos cuyos “productos afectados por el acuerdo no supongan, en la parte del mercado común en que el acuerdo surta efectos, más del 5 % del volumen de negocios realizado con productos idénticos o considerados como similares por el usuario en base a sus propiedades, precio o uso y cuando el volumen de negocios anual total realizado por las empresas participantes en el acuerdo, no rebase 15 millones de unidades de cuenta o, si se trata de acuerdos entre empresas comerciales, 20 millones de unidades de cuenta”<sup>421</sup>. Según la COM70 en estos casos, la conducta cae fuera del art. 101.1 TFUE.

Además de por lo expuesto, la COM70 se caracterizó por limitar la aplicación de la regla *de minimis* a los acuerdos horizontales, precisar que podían existir acuerdos que, pese a superar los umbrales en ella fijados, no afectaban a la competencia de forma sensible, e indicar que las disposiciones de la Comunicación no prejuzgaban la interpretación que realizara en esta materia el TJUE.

En efecto, la Comunicación pionera en materia de conductas de menor importancia genera cierta confusión al decir que “la CE considera que a los acuerdos entre empresas de producción o de distribución de productos, no les afecta la prohibición establecida” cuando reúnan una cuota inferior al 5% de cuota de mercado y no más de 20 millones de volumen de negocio<sup>422</sup>. El uso de la conjunción “o” en lugar de “y” parece indicar que la COM70 hace referencia solamente a acuerdos horizontales, dejándose atrás los acuerdos celebrados entre productores y distribuidores<sup>423</sup>. Esto resulta cuanto menos curioso, ya que la sentencia que da pie a esta Comunicación trata precisamente sobre un acuerdo vertical<sup>424</sup>. Ciertamente es, sin embargo, que tal asunto carece de la menor trascendencia en la actualidad, debido a que las sucesivas Comunicaciones no dejan ninguna duda de que se refieren tanto a los acuerdos horizontales (entre competidores) como a los verticales (entre no competidores).

<sup>419</sup> GALÁN CORONA, E., “Las conductas de menor importancia en la vigente Ley de Defensa de la Competencia”, en AA. VV (coord. GÓMEZ SEGADE, J.A; GARCÍA VIDAL, A y OLIVENCIA, M), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 296 y ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de minimis...”, cit., p. 6.

<sup>420</sup> SONNBERGER, M., *Die spürbarkeit...*, cit., p. 152.

<sup>421</sup> COM70, apdo. 2º. No obstante, aunque en términos de contenido la CE establece ya un criterio cuantitativo en este primer documento, esto no anticipa el punto de vista del TJUE, como bien advierte *ibídem*, p. 152.

<sup>422</sup> Cursiva propia para enfatizar la conjunción de tipo disyuntivo empleada, en lugar de otra de tipo copulativo.

<sup>423</sup> Así lo interpreta también ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de minimis...”, cit., p. 6.

<sup>424</sup> STJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69).

De todos estos extremos, hemos de destacar la matización que realiza la COM70 del criterio cuantitativo, no exenta de serias dudas. Según dicha puntualización, “es perfectamente posible que, en casos particulares, acuerdos firmados por empresas que rebasen los umbrales sólo afecten al comercio entre EEMM y a la competencia en una manera insignificante”<sup>425</sup>. De acuerdo con esto, parece que las cantidades previstas en la COM70 no funcionarían como una barrera delimitadora de la mayor y la menor importancia. En rigor, lo que ocurriría es que si no llegasen a alcanzarse los umbrales establecidos, estamos *iure et de iure* ante una conducta de menor importancia, mas si se rebasasen, nada impediría que también estuviésemos ante un comportamiento inapreciable para la eficiencia del sistema concurrencial. Lo que ocurre es que en este último caso existiría una presunción *iuris tantum* en sentido contrario, esto es, que habría que demostrar una serie de circunstancias por las cuales, pese a sobrepasar los umbrales, la conducta habría de ser reputada de escasa importancia<sup>426</sup>.

Con todo, la primera COM70 no pone, en absoluto, punto y final a la inseguridad jurídica generada con el caso *Völk*. Pese a contar con unos umbrales predeterminados, persisten las dudas acerca de los criterios que pueden determinar el carácter significativo de la restricción de la competencia derivada de una conducta concurrencial. No en vano, no se sabe si al hablar de “casos particulares” se quiso hacer referencia a que el criterio cuantitativo había de ser entendido de forma flexible o a que había de darse cabida a criterios cualitativos (si es que no es lo mismo, ya que para flexibilizar los criterios cuantitativos en última instancia se tiene que recurrir a criterios cualitativos).

A pesar de estas dudas, lo que sí que parece claro es que, desde este primer momento, el test de sensibilidad no se ha concebido como unos umbrales que mágicamente permiten dilucidar de forma categórica cuándo una conducta es o no significativa para el Derecho de la competencia. Antes bien, la doctrina *de minimis* viene haciéndose acreedora, desde ese momento inicial, de una acusada complejidad que todavía perdura. Se comprende así que podamos afirmar que la primera

---

<sup>425</sup> COM70, apdo. 1º. Traducción propia del francés “*il est tout à fait possible que, dans des cas d'espèce, les accords conclus par des entreprises qui dépassent les seuils indiqués plus loin n'affectent le commerce entre États membres et la concurrence que dans une mesure insignifiante*”.

<sup>426</sup> Creemos no equivocarnos al afirmar que, en la matización realizada por la CE en la COM70, se puede encontrar el reconocimiento de un criterio mixto para determinar cuándo un acuerdo es significativo o sensible para la competencia. Esta aseveración la corrobora el propio sentido común: si es posible concluir que un acuerdo es de menor importancia a pesar de que las partes que lo suscriben no encajen en los umbrales preestablecidos, han de tenerse en cuenta, necesariamente, otros criterios. Si queremos evitar la arbitrariedad, en el examen del carácter apreciable de la restricción debemos de argumentar el motivo por el cual un acuerdo, pese a no encajar en los umbrales preestablecidos, es considerado *de minimis*. Esto, lógicamente, exige recurrir a algún otro elemento que justifique ese trato diferenciado, por ejemplo la corta duración del acuerdo, la escasa extensión del mismo o la estructura del mercado afectado.

Comunicación a la que nos referimos (la COM70) no dejó de ser una herramienta hermenéutica inacabada a la que el futuro depararía numerosas modificaciones y matizaciones.

La segunda Comunicación sobre acuerdos de menor importancia es la COM 77. Se trata de un texto que, en rigor, no aportó novedad alguna a la materia<sup>427</sup>. De hecho, presenta el mismo contenido sustantivo que la anterior. De ahí que pueda afirmarse que es prácticamente una reiteración de la primera. No en vano, las modificaciones que en ella se contienen, además de ser de escaso calado, se circunscriben solo a aumentar los criterios cuantitativos previstos siete años atrás.

En realidad, los argumentos de que se vale la CE para justificar el trato dispensado a los acuerdos de menor importancia permanecen inalterados, al igual que perdura la aparente referencia exclusiva a los acuerdos horizontales. Además, se recurre nuevamente a criterios cuantitativos relativos al volumen de negocio y a la cuota de mercado conjunta de los productos. Además, dichos criterios se relativizan mediante una matización idéntica a la de la COM70. También se vuelve a mencionar que la Comunicación no prejuzga la valoración que sobre el tema haga el TJUE.

En rigor, la única diferencia apreciable entre ésta y la COM70 estriba en que la COM77 aumenta el umbral correspondiente al volumen de negocio, que pasa a ser de 50 millones de unidades de cuenta para empresas tanto comerciales como industriales. Con ello parece reforzarse la percepción (en nuestra opinión, equivocada) de que la menor importancia consiste únicamente en una serie de umbrales sujetos a una decisión coyuntural (y en cierto modo, arbitraria) del poder político.

La COM86, a diferencia de la precedente, sí que presenta cambios sustanciales<sup>428</sup>. En concreto, en ella se acomete una reforma y tres innovaciones con respecto a la COM77. La modificación consiste en elevar, nuevamente, el umbral del volumen de negocio, que deja de ser de 50 millones de unidades de cuenta para pasar a ser de 200 millones. Esta reforma no requiere una mayor explicación. No puede decirse lo mismo, sin embargo, de las tres mejoras auspiciadas, que sí que merecen ser comentadas, siquiera sea brevemente<sup>429</sup>. Veamos:

<sup>427</sup> SONNBERGER, M., *Die spürbarkeit...*, cit., pp. 154-155.

<sup>428</sup> La COM86 ha sido comentada, entre otros, por RITTER, L; BRAUN, D y RAWLINSON, F., *European competition...*, cit., p. 81.

<sup>429</sup> Sin perjuicio de lo que en este trabajo se detalla, para un comentario más amplio y crítico sobre la COM86, vid LAURILA, M., "The *de minimis* doctrine...", cit., pp. 97-104. En particular, es digna de mención la crítica que realiza al criterio delimitador de la cuota de mercado del 5%, sobre el que pone de manifiesto (en nuestra opinión, de manera acertada) que no es un criterio en el que se pueda confiar en mercados muy fragmentados. También se puede consultar WHISH, R., *Competition Law*, 3<sup>th</sup> ed., London-Edinburg, Butterworths, 1993, pp. 225 y ss. En contra, en cambio, *De Minimis Notice n°18/2007 of the Bundeskartellamt on the non-prosecution of*

1ª) En cuanto al pronunciamiento sobre los efectos de la declaración de la menor importancia, la COM86 advierte que no se ha de adoptar ninguna medida, ni de oficio ni a solicitud de parte, en relación con los acuerdos que no puedan afectar de manera sensible a la competencia. De hecho, cuando las partes pongan en práctica un acuerdo considerando razonablemente que es de menor importancia, aunque en puridad no lo sea, no habrá lugar a la imposición de multas, a no ser que el error sea resultado de una negligencia. Se observa así que en el Derecho de la UE las conductas de menor importancia se reputan legales *per se* y, por ende, no constitutivas de un ilícito *antitrust*. De donde, a su vez, se ha de concluir que “la regla *de minimis* responde en Europa a la máxima *de minimis non curat lex* y no tanto (o no solo) al principio *de minimis non curat preator*”<sup>430</sup>. No se trata, por tanto, de comportamientos concurrenciales prohibidos por la ley *antitrust*, pero no perseguibles por las autoridades administrativas pertinentes, sino de conductas que no interesan a la normativa de defensa de la competencia, razón por la cual no se prohíben<sup>431</sup>.

2ª) Por otra parte, el art. 101.1 TFUE, como sabemos, alude textualmente a “todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de las asociaciones de empresas y las prácticas concertadas”. Sin embargo, las dos primeras Comunicaciones sobre la menor importancia de la CE solo hacían referencia a los acuerdos, manteniendo un sepulcral silencio respecto de las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas (entre empresas), que parecían quedar excluidas de los umbrales *de minimis*. Pues bien, la COM86 tiene la virtud de esclarecer que su contenido es también aplicable a las decisiones de asociaciones de empresas y a las prácticas concertadas. A partir de este momento, por tanto, sabemos que la noción de la menor importancia abarca a la totalidad de las conductas colusorias del art. 101.1 TFUE, como era de esperar. Y, de hecho, aunque en este trabajo venimos aludiendo (por razones de economía del lenguaje) a los “acuerdos de menor importancia”, es claro que con estos términos nos queremos referir también a las “decisiones de asociaciones de empresas” y a las “prácticas concertadas” de menor importancia, como tuvimos ocasión de precisar al inicio de la presente investigación.

3ª) Muy probablemente, la idea que más contribuyó a la construcción de la doctrina *de minimis* en este momento fue la aplicación de nuevos conceptos en la determinación del mercado relevante. En particular, nos referimos a las nociones de “mercado de producto pertinente” y de “mercado geográfico pertinente”. La primera

---

*cooperation agreements of minor importance*, de 13 de marzo de 2007, apdo. 1º. Disponible en <https://www.bundeskartellamt.de> (Consultada por última vez el 21 de agosto de 2021).

<sup>430</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 7, quien matiza (en nuestra opinión, acertadamente) la perspectiva de VAN DAMME, J., “Application des règles...”, cit., pp. 63-87. Para un mayor detalle sobre esta cuestión nos remitimos a BERENGUER FUSTER, L y GINER PARREÑO, C.A., “Comentarios críticos...”, cit., p. 24

<sup>431</sup> VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., p. 52.

expresión incluye, además de los productos objeto del acuerdo, cualquier otro producto idéntico o equivalente, esto es, productos sustitutivos entre sí según los consumidores. Sin embargo, se especifica que, en casos particulares, algunos productos pueden constituir un mercado distinto por razón de sus propiedades, de su precio o de su utilización. La segunda, está constituida por el territorio comunitario en el que el acuerdo produce efectos. Este territorio es el del conjunto del Mercado Común si los productos considerados en el contrato son objeto con regularidad de ofertas y demandas en todos los EEMM, mientras que es de un ámbito más reducido, bien cuando la naturaleza y las características del producto restringen su movilidad, bien cuando la circulación de un producto en el Mercado Común se vea obstaculizada para entrar en mercados nacionales por la existencia de barreras de cualquier tipo.

b) Las Comunicaciones conformadoras de la segunda etapa: la COM97 y la COM01

A finales de la década de los 90 de la pasada centuria y principio del siglo XXI, se fragua la idea de que ciertos tipos de acuerdos no deben beneficiarse de la salvaguarda creada por las distintas y sucesivas Comunicaciones de la CE. Surge así una matización de naturaleza cualitativa merced a la cual los criterios cuantitativos no cuentan con valor absoluto. Este hecho, como sabemos, determina la segunda etapa de las Comunicaciones *de minimis*, de la que forman parte la COM97 y la COM01. Incluso es posible afirmar que la COM14 confirma esa misma orientación. De este modo, penetra en la comunidad jurídica una noción restrictiva de la teoría de la sensibilidad concurrencial que, como veremos al abordar la jurisprudencia y la relación entre restricción por el objeto y los acuerdos de menor importancia, no compartimos.

Esta segunda etapa se inicia con un proyecto de reforma. En efecto, la COM97 vino precedida por la publicación de un estudio en el que se sometían a consulta pública las novedades que se pretendían introducir en la materia<sup>432</sup>. Este proyecto, tras algunas variaciones, se convirtió definitivamente en la COM97. Dicho texto cambia de forma notoria la percepción que hasta entonces se tenía de la doctrina *de minimis*<sup>433</sup>. En particular, destacan las cuatro modificaciones siguientes:

<sup>432</sup> Proyecto de reforma de 30 de enero de 1997, en relación con la Comunicación de la CE de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE, C-372, de 9 de diciembre de 1997).

<sup>433</sup> Sobre el proyecto y las variaciones que se realizaron para redactar finalmente la Comunicación, *vid* BARR, F., “The New Commission Notice on Agreements of Minor Importance is Appreciability a Useful Measure?”, *ECLR*, núm. 4, 1997, pp. 207-213 y GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia”, *ADI*, t. XVIII, 1997, pp. 1025-1026.



*Primera.* El criterio cuantitativo dual de las anteriores Comunicaciones (volumen de negocio y cuota de mercado) se sustituye por un criterio cuantitativo único (cuota de mercado), lo que es más respetuoso con la jurisprudencia<sup>434</sup>. Al mismo tiempo, se discrimina ahora entre acuerdos horizontales y verticales, considerando que los primeros entrañan un riesgo para la competencia mayor que los segundos<sup>435</sup>.

Efectivamente, el volumen de negocio como criterio delimitador de la menor importancia resulta eliminado de esta Comunicación. Con ello se posibilita que las empresas de mayor tamaño puedan beneficiarse de los umbrales *de minimis* siempre que su cuota de mercado no sea relevante<sup>436</sup>. Ello deriva del convencimiento de la CE, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, de que la insignificancia de un acuerdo proviene de la posición que ostentan las empresas participantes en el mercado relevante y no de su dimensión<sup>437</sup>. Sin embargo, esta nueva perspectiva de la menor importancia tiene luces y sombras. Pese a tener la virtud de que dirige la atención hacia los efectos de los acuerdos sobre el mercado, ha sido criticada por aumentar el grado de “inseguridad jurídica”<sup>438</sup>. Ciertamente, determinar el volumen de negocios de una empresa es más fácil de calcular que la posición que ocupa en el mercado relevante. No obstante, a nuestro parecer, se trata de una modificación positiva, toda vez que el volumen de ventas no tiene en cuenta el mercado en el que operan las empresas que intervienen en el pacto<sup>439</sup>. Aunque podemos estar equivocados, consideramos más acertado atender al mercado que al volumen de negocio.<sup>440</sup>

<sup>434</sup> SONNBERGER, M., *Die spürbarkeit...*, cit., p. 163 y GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, cit., p. 1026.

<sup>435</sup> Lo que es indicio, según BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 674 de que el efecto sensible “está presidido por una mayor racionalidad económica desde que la COM97 entró en vigor”. Sobre los efectos ambivalentes de los acuerdos verticales, por todos, ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales...*, cit., pp. 84-103 e ÍDEM., “El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”, *Indret*, núm. 1, 2007, pp. 4-8.

<sup>436</sup> MAMBRILLA RIVERA, V., “Acuerdos de menor importancia”, en AA.VV. (dir. VELASCO SAN PEDRO, L.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Madrid, Iustel, 2006, p. 76.

<sup>437</sup> SONNBERGER, M., *Die spürbarkeit...*, cit., p. 163 y GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, cit., p. 1026.

<sup>438</sup> GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, cit., p. 1029; BARR, F., “The New Commission...”, cit., pp. 209-210 y BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., pp. 48-49. Sin embargo, para VALLINA, R., “¿De minimis...”, cit., p. 49 esta Comunicación sí que garantizaba la seguridad jurídica gracias a un doble compromiso. Por un lado, se comprometía a no incoar expedientes respecto a acuerdos cubiertos por ella. Por el otro, si un acuerdo no estaba cubierto pero las partes habían entendido de buena fe que sí que lo estaba, no se impondrán multas.

<sup>439</sup> Como ejemplo, podemos pensar que no es igual una empresa que factura 50 millones vendiendo fertilizantes que otra que lo hace ofreciendo productos financieros y de inversión. Probablemente, esa empresa de fertilizantes sea uno de los líderes del sector. Sin embargo, la compañía que ofrece productos financieros y de inversión es un operador diminuto en comparación con sus homólogos de mayor dimensión. Por eso la supresión del criterio desechado en esta Comunicación ha de ser bienvenida. Lo contrario suponía tratar a todas las empresas de igual tamaño de forma idéntica, y eso no nos parece del todo adecuado. Con esta idea coincide RUIZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia...”, cit., p. 20

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 4. Este autor nos dice, precisamente, que la ventaja fundamental de esta Comunicación es la supresión de ese doble criterio cuantitativo. En concreto, afirma que “aunque el cálculo de la cuota de mercado no es fácil, es el criterio más significativo para la apreciación de los efectos de un acuerdo sobre el mercado”. En sentido similar se pronuncia también BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., p. 47 diciendo que “no cabe descartar una restricción competitiva importante, realizada por empresas de pequeñas dimensiones, si la posición en los mercados afectados fuera importante o se trata de mercados muy concentrados”. Ciertamente, empero, que el criterio de cuota de mercado debe matizarse en la llamada economía digital. Vid, ROBERTSON, V., *Competition Law’s innovation factor*, Oxford, Hart

Por otro lado, en lo que concierne al diferente trato que reciben los acuerdos horizontales y los verticales, efectivamente, la COM97 parte de la base de que los primeros entrañan mayor riesgo que los segundos. En concreto, se establece que cuando se trata de un acuerdo horizontal, la cuota de mercado de las empresas participantes no puede superar el umbral del 5%, mientras que para los verticales el umbral se eleva hasta el 10%. Además, cuando es de naturaleza mixta o hay dudas sobre el tipo de acuerdo enjuiciado, se ha de acudir a la cuota del 5%, estableciéndose con ello un criterio conservador que ante la duda opta por la opción menos flexible. De esta forma, los acuerdos de menor importancia se adaptaban a las tendencias existentes en el Derecho comunitario de la competencia, ya que en la COM97 se siguió una orientación del enjuiciamiento *antitrust* de los acuerdos de distribución muy similar al apuntado en el Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política comunitaria<sup>441</sup>. No en vano, a través de este Libro la CE pretendió liberalizar su política en el ámbito de los acuerdos verticales, abandonando un análisis formalista a favor de otro que ponía el acento sobre sus efectos en el mercado. De este modo, parece evidente que existe una cierta conexión tanto temporal como material entre ambos textos<sup>442</sup>.

*Segunda.* Se introducen criterios cualitativos merced a los cuales algunos acuerdos parecen ser considerados ilícitos *per se*<sup>443</sup>. En efecto, la salvaguarda *de minimis* deja de aplicarse a los acuerdos horizontales que fijen precios o limiten la producción o las ventas, y a los acuerdos verticales que fijen precios de reventa o concedan protección territorial absoluta. Estos acuerdos, por tanto, se presentan aparentemente como una excepción a la legalidad de las conductas que por su escasa importancia no pueden afectar de manera significativa a la competencia<sup>444</sup>.

---

Publishing, 2020, *passim*; MIRANDA SERRANO, L.M., “Sobre una posible reforma de las normas de control de las concentraciones económicas”, *Diario La Ley*, núm. 9865, 2021, *passim* y HERRERO SUÁREZ, C., “Gigantismo empresarial en los mercados digitales. Una vuelta a los orígenes y... nuevos desafíos?”, *REE*, núm. 78, 2021, pp. 117-122.

<sup>441</sup> Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria, de 22 de enero de 1997. Sobre la relación entre éste y la COM97, *vid* GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, cit., p. 1026. Por otro lado, sobre la cuestión de la flexibilización en el enjuiciamiento *antitrust* de los acuerdos verticales, entre otros, *vid* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Acuerdos verticales”, en AA.VV. (dir. VELASCO SAN PEDRO, L.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Madrid, Iustel, 2006 p. 125; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos...”, cit., *passim*; CARLIN, F., “Vertical restraints: time for a change?”, *ECLR*, núm. 5, 1996, pp. 283 y ss; BORK, R., “Vertical Integration...”, cit., *passim*; EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, cit., pp. 135 y ss; GELFAND, D y BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from *per se* to rule of reasons analysis”, *ABA Antitrust Section Fall Forum, 2017*, *passim* y POSNER, R.A., “The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania Decision”, *University of Chicago Law Review*, núm. 45, 1977, *passim*.

<sup>442</sup> Sobre el Libro Verde, entre otros, TOBÍO RIVAS, A.M., “Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria: ¿bases para un cambio?”, *ADI*, t. XVIII, 1997, p. 1031 y ss; GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, cit., p. 1026; SCHROEDER, D., “The Green Paper on vertical restraints: beware of market share thresholds”, *ECLR*, núm. 7, 1997, pp. 430 y ss y KELLAWAY, R., “Vertical restraints: which option?”, *ECLR*, núm. 6, 1997, pp. 387 y ss.

<sup>443</sup> Sin embargo, BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., pp. 47-50 no concibe el punto 11º de la COM97 como la introducción de criterios cualitativos, pues asegura que éstos dependen más de las condiciones del caso concreto y que por ello la CE se resiste a una formulación general. De esta forma, el punto 11º de la COM97 sería visto simplemente como una excepción a la salvaguarda *de minimis* prefijada por la CE en la Comunicación vigente.

<sup>444</sup> *Ibidem*, pp. 47-50 y MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias...”, cit., *passim*.

Con esta precisión, de hecho, las empresas no podrían alegar buena fe, incluso aunque los umbrales cuantitativos fuesen inferiores a los establecidos. Esta novedad, que evoca en cierto modo a la *per se rule* americana, ha sido criticada, empero, por atribuir un “valor excesivo” a la lista meramente indicativa del art. 101.1 TFUE<sup>445</sup>. Además, antes de la entrada en vigor de la COM97 el carácter restrictivo por su propia naturaleza de algunos acuerdos no impedía que éstos pudieran beneficiarse de los umbrales *de minimis*<sup>446</sup>. Sin embargo, esta Comunicación refuerza la consideración negativa de ciertos pactos a los que no sería posible aplicar la salvaguarda de la COM97<sup>447</sup>. Esto parece contradecir o revocar la primera sentencia que recurre a la teoría de la sensibilidad, es decir, la STJUE en el asunto *Völk*. En efecto, ésta precisamente trata sobre un acuerdo con una cláusula de protección territorial absoluta, que comúnmente se cree que constituye una restricción por el objeto por su propia naturaleza anticompetitiva<sup>448</sup>. No obstante, como explicamos con detalle más adelante, no compartimos esa interpretación<sup>449</sup>. En cambio, consideramos que la apreciabilidad en la restricción de la competencia es una exigencia de toda restricción, sea ésta por su objeto o por los efectos.

*Tercera.* Como es sabido, un mercado delimitado erróneamente, por defecto o por exceso, puede conducir a que se prohíba una práctica que en puridad no es restrictiva de la competencia, o por el contrario, a que un acuerdo que produce una verdadera restricción de la competencia se considere inocuo<sup>450</sup>. Acertadamente, sobre esta cuestión la cuarta Comunicación en materia *de minimis* tan solo se remite a la Comunicación de la CE relativa a la definición de Mercado pertinente a efectos de aplicación del Derecho comunitario de defensa de la competencia<sup>451</sup>.

Esta Comunicación fue, por lo general, bienvenida por la doctrina científica, gracias a que ofrecía una metodología más consistente en la tarea de definir el mercado relevante. De hecho, lo que hace esta Comunicación es condensar toda la jurisprudencia del TJUE y la práctica decisoria de la CE en lo relativo al análisis del mercado relevante<sup>452</sup>. Sin embargo, aunque reconocemos que el estudio del concepto de mercado relevante está estrechamente conectado con la doctrina *de minimis*, abordar una cuestión tan compleja en profundidad haría

<sup>445</sup> GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, cit., p. 1029 y BARR, F., “The New Commission...”, cit., pp. 210 y ss.

<sup>446</sup> BELLAMY, CH y CHILD, G., *Derecho de la competencia en el Mercado Común* (trad. PICAÑOL, E), Madrid, Civitas, 1992, pp. 122-123.

<sup>447</sup> BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., p. 50.

<sup>448</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>449</sup> *Infra*, 1ª Parte, IV, 3.

<sup>450</sup> FERNÁNDEZ NOVOA, C., “Significado y delimitación del mercado relevante”, *ADI*, t. VI, 1979-1980, p. 264.

<sup>451</sup> Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DOCE, C-372, de 9 de septiembre de 1997).

<sup>452</sup> Por todos, CAMESASCA, P y VAN DEN BERGH, R.J., “Achilles uncovered: revisiting the European Commission’s 1997 market definition notice”, *The Antitrust Bulletin*, núm. 45, 1997, pp. 143 y ss; BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “La definición del mercado relevante en la aplicación de las normas de la competencia. Análisis de la Comunicación de la Comisión”, *GJCE*, núm. 129, 1997, pp. 5-10; FURSE, M., “Market definition. The draft Commission notice”, *ECLR*, núm. 6, 1997, pp. 378 y ss y DESAI, K., “The European Commission’s draft notice on market definition: a brief guide to economics”, *ECLR*, núm. 7, 1997, pp. 473 y ss.

este trabajo mucho más extenso de lo que es razonable, por lo que nos remitimos a los autores que ya lo han estudiado<sup>453</sup>.

*Cuarta.* Se concede especial atención a las PYMES, tal como son definidas en la Recomendación de la CE de 3 de abril de 1996<sup>454</sup>. En concreto, se afirma que los pactos celebrados entre PYMES difícilmente afectan a las condiciones del mercado, incluso si superan los umbrales mínimos de la Comunicación, ya que no poseen un interés comunitario suficiente para justificar la intervención de las autoridades *antitrust* comunitarias<sup>455</sup>.

Cierto es, empero, que la CE no mantiene esto con un carácter absoluto, sino que se reserva la posibilidad de intervenir en dos casos: a) cuando afecten a una parte relevante del mercado, y b) cuando restrinjan la competencia en el mercado por el efecto acumulado de redes paralelas de acuerdos similares<sup>456</sup>. De este modo, de acuerdo con la doctrina, se produce la paradoja de que a pesar de que la COM97 suprime el volumen de negocio de las empresas participantes como criterio cuantitativo (lo cual evidencia que el enjuiciamiento de los acuerdos se ha de centrar en el efecto que tienen sobre el mercado y no en el tamaño de las empresas participantes), se introduce la citada referencia a las PYMES, una categoría que, por definición, se basa exclusivamente en la dimensión económica<sup>457</sup>. En todo caso, se observa nuevamente la concepción favorable de la CE hacia ellas, aunque desde entonces no se

<sup>453</sup> Entre otros, TEN KATE, A y NIELS, G., “The relevant market: a concept still in search of a definition”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 5, núm. 2, 2009, pp. 297-333; ROBERTSON, V., “The relevant market in competition law: a legal concept”, *Journal of antitrust enforcement*, núm. 7, 2019, pp. 158-176; ÍDEM., “A new era for antitrust market definition”, *Concurrences*, núm. 1, 2021, versión digital disponible en [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) (Consultado por última vez el 9 de marzo de 2021); SOUSA FERRO, M., *Market definition in EU Competition Law*, United Kindow, Edward Elgar publishing, 2019, *passim*; FERNÁNDEZ NOVOA, C., “Significado...”, cit.; PELLISÉ CAPELL, J., *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 81 TCE y 6 LEDC*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2002; RUIZ PERIS, J.I., “Mercado relevante”, en AA. VV (dirs. ESTEVAN DE QUESADA, C y RUIZ PERIS, J.I), *Derecho europeo de la competencia: "Training of National Judges in EU Competition Law"*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017; DÍEZ ESTELLA, F., “Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las "Merger Guidelines" del Departamento de Justicia de EEUU”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2000*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 321-344; GARCÍA CACHAFEIRO, F., “Definición del mercado relevante por el Tribunal Supremo”, *GJCE*, núm. 31, 2013; pp. 55-64; MARCOS, F., “A vueltas con la definición de mercado relevante: U.S v. Bazaarvoice, ADI, t. XXXIV, 2013-2014, pp. 640-643; BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado...”, cit., pp. 490-495 y VARGAS ROZO, J.D y PINGARRÓN YÁÑEZ SEDEÑO, J., “Rescatando la definición del mercado relevante en los casos de conductas colusorias”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2015*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 187-217.

<sup>454</sup> DOCE, C-107, de 30 de abril de 1996.

<sup>455</sup> Lo que lleva a reforzar el carácter de herramienta de política industrial de la Comunicación *de minimis* a la que alude BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 672.

<sup>456</sup> Con todo, surge la duda de si los acuerdos entre PYMES también perderían la calificación de acuerdos de menor importancia cuando incurran en un pacto de los contemplados en el apdo. 11º de la Comunicación, esto es, aquellos que por propia naturaleza son restrictivos de la competencia. Al respecto, BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., p. 50 echa en falta la aclaración expresa por parte de la CE, y entiende, pese al silencio, que los acuerdos entre PYMES quedan fuera del art. 101.1 TFUE, salvo en las dos excepciones expresamente previstas en este sentido. Si nos fijamos en el ordenamiento alemán, así debería de ser, por cuanto el art. 3 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 26 de agosto de 1998, resulta de aplicación, en principio, a cualquier acuerdo entre competidores.

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 49 y GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, cit., p. 1029.

mantenga ya que la finalidad de la Comunicación sobre las conductas de menor importancia es promover la cooperación entre estas empresas.

Una vez promulgada la COM97, durante las discusiones que culminaron en la adopción de un Reglamento sobre determinadas categorías de acuerdos verticales y de una Comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal, se estimó necesario reformar la salvaguarda *de minimis*<sup>458</sup>. Por ello, la CE elaboró un borrador en mayo de 2001, con el objetivo de redactar una nueva Comunicación en esta materia. De ahí surgió la COM01, que es la precedente más inmediata de la vigente<sup>459</sup>. Ésta se caracteriza por ofrecer una noción *de minimis* continuista en muchos aspectos, pero disruptiva en otros pocos. Así, si bien posee un esquema similar a la COM97, presenta diferencias relevantes que se pueden sintetizar en las cuatro siguientes:

*Primera.* El planteamiento de las conductas de menor importancia da un giro importante. Por un lado, se especifica que, aunque se superen los umbrales, la conducta en cuestión puede ser de menor importancia, y ello sin que deba entenderse lo mismo en sentido contrario. Por otro lado, la Comunicación ya no se pronuncia sobre su finalidad, suprimiendo la idea que uno de sus principales objetivos es reforzar la cooperación entre las PYMES<sup>460</sup>.

En relación con los umbrales fijados, según la COM 01 la “definición negativa de lo sensible no implica que acuerdos entre empresas que superen los límites establecidos en esta Comunicación restrinjan la competencia de forma sensible”<sup>461</sup>. De este modo, se señala qué acuerdos se consideran excluidos automáticamente de la prohibición, en cuanto que no afectan de forma grave a la competencia, por no superar los umbrales fijados. El resto, es decir, aquellos en que se exceden los umbrales cuantitativos, requieren de un análisis particular a efectos de verificar ese elemento de tipicidad<sup>462</sup>.

<sup>458</sup> Reglamento nº 2790/1999 de la CE, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE C-336, de 29 de diciembre de 1999) y Comunicación de la CE — Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE C-3, de 6 de enero de 2001). Según MAMBRILLA RIVERA, V., “Acuerdos...”, cit., p. 81, esta última forma parte del paquete legislativo comunitario creado a imagen y semejanza del Derecho *antitrust* norteamericano, ya que presenta “un marcado enfoque económico que prevalece sobre los aspectos formales o estrictamente jurídicos”.

<sup>459</sup> Comentada, entre otros, por RITTER, L y BRAUN, D., *European competition Law: A Practitioner’s Guide*, 3th ed, The Hague, Kluwer, 2004, pp. 127-130.

<sup>460</sup> En lo que concierne al novedoso silencio que guarda sobre su finalidad, cabe tener en cuenta que desde el principio el verdadero objetivo de la Comunicación *de minimis* ha sido delimitar lo que no constituye una restricción sensible. Lo demás no eran sino objetivos accesorios. Quizás, consciente de ello, la CE decide guardar silencio en este punto. En efecto, la máxima aplicable es “*de minimis non curat lex*”, aunque, como apunta VALLINA, R., “*¿De minimis...*”, cit., pp. 52-53, se podrían señalar otros tres propósitos o beneficios accesorios, como es el ofrecer seguridad jurídica a las empresas, servir de orientación a las autoridades y órganos judiciales nacionales o el fomento de la cooperación entre empresas, especialmente las PYMES.

<sup>461</sup> COM01, apdo. 2º.

<sup>462</sup> ORTIZ BAQUERO, I., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 6 y STPI de 8 de junio de 1995, *Langnese-Iglo* (asunto T-7/93).

Por tanto, hay una presunción *iure et de iure* de que aquellos acuerdos que no sobrepasan los umbrales y no están incursos en las excepciones de la salvaguarda *de minimis* son de menor importancia. Esto aumenta la seguridad jurídica, ya que en las Comunicaciones precedentes la CE se reservaba el derecho de investigar si un acuerdo que estuviese por debajo de los umbrales estaba inmerso, sin embargo, en la prohibición del art. 101.1 TFUE. El menoscabo del principio de confianza legítima que se producía se soluciona ahora con la no incoación de procedimiento sancionador si el acuerdo está cubierto por la Comunicación<sup>463</sup>.

A la inversa, esto es, si el acuerdo supera los umbrales prefijados, estaríamos ante una presunción *iuris tantum*, que decae si del análisis del contexto económico se deduce lo contrario. De modo que la Comunicación *de minimis* no tiene, por tanto, un carácter exhaustivo, sino que simplemente fija unos criterios a partir de los cuales resulta intuitivo que la restricción no es apreciable. Se trata, en última instancia, de un puerto seguro que ofrece seguridad jurídica a las empresas gracias a que facilita la aplicación de un concepto jurídicamente indeterminado, como es el de restricción sensible<sup>464</sup>.

*Segunda.* Se aclara que los efectos sensibles han de serlo tanto sobre la competencia como sobre el comercio intracomunitario<sup>465</sup>. Sin embargo, también se advierte que unos y otros son distintos. Esto, si bien resulta evidente después de la promulgación de la COM01 y las Directrices sobre el efecto sobre el comercio comunitario de 2004, no estaba tan claro en la COM97 y en sus predecesoras<sup>466</sup>. Antes bien, en ellas se hacía referencia al efecto apreciable sobre la restricción de la competencia y sobre el comercio entre los EEMM de forma indistinta. Por este motivo, la COM 01 supone un avance, aunque en ella tampoco se aclare definitivamente en qué consiste el efecto sensible sobre el comercio comunitario. En todo caso, la asociación con el concepto de PYME que realiza en su apdo. 3º permite deducir que el volumen de negocio de las empresas no alude a la sensibilidad sobre la competencia, sino sobre el comercio comunitario.

De este modo, un acuerdo entre PYMES, independientemente de que esté amparado por la Comunicación *de minimis* o de que se considere apreciable para la competencia, puede no encajar en el art. 101.1 TFUE por no afectar de manera sensible al comercio comunitario. La razón estriba en que para que una conducta esté prohibida por el art. 101.1 TFUE se requiere que se produzca un efecto sensible en la competencia y en el comercio intracomunitario, criterios de valoración que son independientes. La realización de una conducta de las expresadas en el apdo 11º de la Comunicación o cualquier otra que rebase los umbrales de cuota de mercados establecidos, supondrá que la salvaguarda de la Comunicación *de minimis* no se aplica, pero no prejuzga el efecto sobre el comercio entre EEMM. Para

<sup>463</sup> SONNBERGER, M., *Die spürbarkeit...*, cit., p. 152.

<sup>464</sup> VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., pp. 52-54.

<sup>465</sup> COM01, apdo. 1º.

<sup>466</sup> PEEPERKORN, L., “New notice on agreements of minor importance (de minimis Notice)”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, 2002, p. 45. Disponible en [ec.europa.eu/competition/publications](http://ec.europa.eu/competition/publications) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021) e ÍDEM., “Revision of the 1997 Notice on agreements of minor importance (de minimis notice)”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2001, pp. 4-6. Disponible en [ec.europa.eu/competition/publications](http://ec.europa.eu/competition/publications) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021).

concluir el encaje de la conducta en el art. 101.1 TFUE aún habría que examinar el efecto sobre el comercio intracomunitario, que desde entonces se encuentra claramente separado del efecto sobre la competencia. En este enjuiciamiento tendrían cabida conceptos como el de PYME o aspectos como el volumen de negocios. Si la práctica fuese inocua para el comercio entre los EEMM (por la pequeña dimensión de sus empresas), la CE no podrá sancionarla, porque no se cumplirían los presupuestos necesarios para la aplicación del art. 101 TFUE. Sí que podría reprimirse, en cambio, en sede nacional.

*Tercera.* Se incrementan los umbrales de la cuota de mercado que se establecen como criterio cuantitativo para determinar la menor importancia de las prácticas colusorias. Así, quedan excluidos de la prohibición del art. 101.1 TFUE los acuerdos celebrados entre empresas cuyas cuotas no sobrepasasen los siguientes porcentajes<sup>467</sup>:

a) Los celebrados entre competidores (reales o potenciales) con una cuota de mercado conjunta que no supere el 10% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo.

b) Los celebrados entre no competidores siempre que la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no exceda del 15% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo.

c) Los celebrados entre competidores (reales o potenciales) o no competidores cuya cuota de mercado no exceda del 5% cuando dentro del mercado de referencia se presente un efecto acumulativo de exclusión por la implementación de acuerdos idénticos o similares.

*Cuarto.* Finalmente, siguiendo el modelo de la Comunicación anterior, la COM 01 establece un conjunto de acuerdos a los que no son aplicables los umbrales de cuota de mercado previstos, debido a sus efectos especialmente restrictivos<sup>468</sup>. Se trata de una “lista negra” de conductas que por su naturaleza son especialmente propicias para afectar de manera sensible a la competencia. Esto, si bien no constituye una verdadera novedad de esta Comunicación, sí se acompaña de algunas nuevas ideas, que son principalmente la concreción de que no es necesario que el objeto de la conducta sea directamente el previsto. Además, se precisa con mayor grado de detalle la descripción de esas conductas, sobre todo en lo relacionado con los acuerdos verticales.

Respecto de lo primero, la COM01 especifica que las restricciones recogidas en esta lista pueden tener por objeto, tanto directo como indirecto, el comportamiento consistente en la práctica especialmente grave. Esto supone, por ejemplo, que un acuerdo cuyo objeto directo no es la fijación de precios, sino cualquier otro, pero que

---

<sup>467</sup> COM01, apdos. 7º y 9º.

<sup>468</sup> COM01, apdo. 11º.

de forma indirecta sí que los fija, está incluido en la enumeración del apdo 11º de la COM01. Tiene, en suma, el mismo tratamiento que aquel comportamiento consistente directamente en la fijación del nivel de precios. Con ello, la CE subraya el carácter especialmente grave de estas conductas y su intención de que sean sometidas a un análisis diferente al de aquellas otras que no están previstas en la “lista negra”. No obstante, cierto es que existe controversia sobre si se trata de acuerdos que directamente están excluidos de la doctrina *de minimis* y que por ello son siempre acreedores de un efecto sensible contra la competencia o si, por el contrario, simplemente deben ser objeto de un análisis con criterios diferentes<sup>469</sup>.

Al respecto, se ha puesto de relieve que, en el caso *Völk*, el TJUE analizó un acuerdo con una protección territorial absoluta, la cual se considera en términos generales un acuerdo especialmente grave para la competencia y el Mercado único<sup>470</sup>. En efecto, el Alto Tribunal comunitario nunca ha afirmado que los acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia no tengan que restringir la competencia de forma apreciable<sup>471</sup>. Más bien al contrario. Existen pronunciamientos que apuntan que es necesario demostrar que existe una restricción apreciable para la competencia incluso en los acuerdos que normalmente son considerados restricciones por el objeto<sup>472</sup>. Esto, que parece no casar bien con que la Comunicación *de minimis* excluya de su ámbito de aplicación precisamente a los acuerdos que encajan en esta tipología, ha sido resuelto por la doctrina científica en el siguiente sentido. Para determinar que un acuerdo no restringe la competencia de forma apreciable cuando nos encontramos ante restricciones por el objeto, las condiciones deben ser más exigentes que cuando estamos en presencia de restricciones por los efectos<sup>473</sup>. Ejemplo resulta la STJUE del caso *Völk*, donde se toma en consideración una cuota de mercado menor del 1%, mientras que la Comunicación *de minimis* establece cuotas que van desde el 5% al 15%. Esta cuestión, en todo caso, se aborda más adelante conectando el concepto de restricción por el objeto con el contexto jurídico y económico y a su vez éste con el carácter apreciable en la restricción de la competencia<sup>474</sup>.

Por otro lado, la COM01 define de manera más clara y consistente aquellas restricciones que normalmente están prohibidas, independientemente de las cuotas de

<sup>469</sup> En este sentido se muestra ORTIZ BLANCO, L., *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 145, afirmando que “la Comunicación *de minimis* dispone que los umbrales de cuota de mercado en ella establecidos no serán de aplicación a las restricciones expresamente excluidas. (...) ello no debe entenderse en el sentido de que las restricciones por objeto no puedan en ningún caso ser consideradas de menor importancia, sino que simplemente serán objeto de un análisis distinto a la luz de criterios distintos”.

<sup>470</sup> FAULL, J. y NIKPAY, A., *The EC Law...*, cit., p. 84 y VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., pp. 54-55. En sentido contrario, RITTER, L y BRAUN, D., *European competition...*, cit., p. 127.

<sup>471</sup> VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., p. 55.

<sup>472</sup> De hecho, a nuestro juicio, la STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (asunto C-226/11) es coherente con esta idea. No en vano, dicho pronunciamiento no afirma que una restricción por su objeto no tenga que ser apreciable para la competencia, sino que toda restricción por el objeto lo es, lo que nos lleva a pensar que el carácter sensible es una condición ineludible para que la restricción pueda ser calificada como una restricción por el objeto.

<sup>473</sup> VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., p. 55 y FAULL, J. y NIKPAY, A., *The EC Law...*, cit., p. 85.

<sup>474</sup> *Infra*, 1ª Parte, IV, 3.



mercado de las empresas participantes<sup>475</sup>. Esta mayor especificación, que se predica sobre todo en materia de acuerdos verticales, se explica con motivo de la aprobación de nuevos textos relacionados con la materia<sup>476</sup>. Con ellos, se evidencia que el criterio cualitativo creado por la COM97, lejos de ser rechazado, se consolida gracias a esta nueva Comunicación. Desde entonces, el anterior y breve apdo 11º cuenta con un mayor desarrollo y es coherente con las reglas sobre acuerdos verticales y horizontales provenientes de los Reglamentos<sup>477</sup>. Sin embargo, lo cierto es que a raíz de la COM14 esto es indiferente, pues la misma excluye de su puerto seguro a toda restricción *por el objeto*.

### 1.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea posterior al asunto *Völk* y anterior al caso *Expedia*

Tras comentar las Comunicaciones que preceden a la que actualmente está en vigor, es momento de analizar la jurisprudencia anterior a la STJUE dictada en el asunto *Expedia*. Sin embargo, conviene advertir que, al contrario de lo que sucede con las Comunicaciones *de minimis*, estudiar los pronunciamientos del TJUE es una labor no exenta de riesgos y dificultades.

En efecto, no parece controvertido aceptar que las Comunicaciones elaboradas por la CE revisten un carácter abstracto, en el sentido de que no resuelven una controversia concreta, sino que simplemente tratan de aportar unos criterios generales para una valoración *ex ante* del test o elemento de la apreciabilidad o sensibilidad. Además, cada nueva Comunicación *de minimis* sustituye a la anterior, de modo que en realidad sólo hay una única Comunicación válida en cada momento histórico.

En cambio, la cabal comprensión de la jurisprudencia del TJUE nos sitúa ante algunos obstáculos. Por un lado, en cada sentencia el TJUE resuelve una cuestión concreta, realizando una valoración *ex post* del elemento o requisito de la sensibilidad. Por otro lado, un pronunciamiento judicial no necesariamente revoca los anteriores. De modo que el intérprete se encuentra en la tesitura de tener que casar jurisprudencia que *a priori* resulta contradictoria. No en vano, el TJUE aplica la doctrina *de minimis* a supuestos diferentes, lo que le obliga a seguir criterios no siempre uniformes.

<sup>475</sup> PEEPERKORN, L., “New notice...”, cit., p. 46.

<sup>476</sup> Reglamento nº 2790/1999 de la CE, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE C-336, de 29 de diciembre de 1999) y Reglamento nº 2658/2000 de la CE, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DOCE C-304, 5 de diciembre del 2000).

<sup>477</sup> PEEPERKORN, L., “Revision of...”, cit., pp. 5-6.

En nuestra opinión, la incertidumbre y dificultad a la que acabamos de referirnos es, muy probablemente, lo que ha llevado a la comunidad jurídica a centrar su atención de forma prioritaria más en las Comunicaciones que en los pronunciamientos del TJUE. Y ello a pesar de que los segundos suponen un acercamiento al concepto de restricción concurrencial significativa mucho más fidedigno que el realizado por la CE en sus Comunicaciones, pues es el órgano jurisdiccional (y no la CE) el encargado de interpretar los Tratados que forman parte del ordenamiento de la UE<sup>478</sup>.

En rigor, la existencia de un concepto inequívoco de restricción sensible de la competencia en la jurisprudencia emanada del TJUE es solo una ilusión, al menos en la actualidad. Aunque sus pronunciamientos deben explicarnos cuándo una conducta impide, restringe o falsea la competencia de forma inapreciable, el análisis en profundidad de las palabras del TJUE genera tal cantidad de dudas que el intérprete queda atrapado en un callejón sin salida.

Lo anterior explica que tratar de sistematizar la jurisprudencia del TJUE en esta materia sea una ardua tarea que no cuenta con un único resultado válido<sup>479</sup>. De ahí que nuestra forma de estructurar los pronunciamientos del TJUE relativos a esta cuestión sea únicamente una propuesta que no desmerece, en ningún caso, la que pueda llevar a cabo otro autor. En particular, dividimos las sentencias que abordan la sensibilidad de la restricción concurrencial en dos grupos:

1º) Por un lado, están los pronunciamientos que realizan una aproximación simple a los acuerdos de escasa importancia, esto es, las sentencias del TJUE que conciben el carácter *de minimis* como una cuestión circunscrita a la posición que ocupan las empresas en el mercado [*infra*, letra a)].

2º) Por otro lado, se encuentran aquellas otras resoluciones judiciales que llevan a pensar que el TJUE tiene una perspectiva amplia y eminentemente casuística de lo que es la menor importancia, es decir, de cuándo un acuerdo es insignificante o inapreciable para la competencia efectiva [*infra*, letra b)].

Las sentencias del primer grupo contribuyen a la defensa de un concepto encorsetado de conducta *de minimis*. Éste coincide básicamente con el mantenido por

---

<sup>478</sup> Compartimos la opinión de BRIGHT, C., “EU competition policy..., cit., pp. 551-554 acerca de que la aproximación del TJUE a la cuestión del carácter apreciable es más cualitativa y dinámica que la seguida por la CE en sus Comunicaciones *de minimis*, caracterizada por un mayor formalismo.

<sup>479</sup> Como han manifestado RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso..., cit., p. 6 y GIPPINI FOURNIER, E., “The elusive standard of proof in EU Competition cases, *World Competition*, Vol. 33, núm. 2, 2010, p. 194, los tribunales comunitarios tienen un nivel de escrutinio de razonamientos judiciales y administrativos bastante defectuoso y contradictorio, hasta tal punto que no encuentra parangón en otras jurisdicciones.

la CE en sus Comunicaciones. Se trata de aplicaciones de la doctrina *de minimis* que, ciertamente, no revisten especial complejidad. Entre estas sentencias, encontramos, a modo de ejemplo, las dictadas en los asuntos *SA Cadillon*, *Miller International*, *Iaz International*, *AEG Telefunken* y *Musique Diffusion française*<sup>480</sup>.

En cambio, las sentencias pertenecientes al segundo grupo posibilitan una definición más amplia de la menor importancia que la derivada de las Comunicaciones *de minimis*. Merced a estas resoluciones, la doctrina *de minimis* se presenta como una cuestión compleja y conectada con otros temas también abordados por el TJUE, tales como el análisis contrafactual, el contexto jurídico económico o el grado suficiente de nocividad para la competencia. Sin pretensión de exhaustividad, aquí ubicamos, entre otros, los pronunciamientos del TJUE en los casos *Suiker Unie*, *NSO*, *Delimitis*, *European Night Services*, y *Carlo Bagnasco*<sup>481</sup>.

Por último, hemos de advertir al lector que al finalizar este epígrafe quizá encuentre más dudas que certezas. Esto obedece a que nuestro objetivo no estriba en resolver todas las controversias acerca del carácter inapreciable de una restricción concurrencial (*ex art.* 101.1 TFUE). Antes bien, nos conformamos con dar cierto orden a la labor jurisprudencial desarrollada en este ámbito por el TJUE. En otras palabras, cabe decir que solo perseguimos “desempolvar” algunos de sus pronunciamientos que han pasado desapercibidos por la doctrina, con la finalidad de introducirlos en el debate en torno al concepto de acuerdo *de minimis*, para ofrecer una visión lo más completa posible de nuestro objeto de estudio.

- a) Pronunciamientos que realizan una aproximación simple a los acuerdos de menor importancia

Se entiende de forma generalizada que la doctrina *de minimis* hace referencia, básicamente, a la posición relativa de las empresas participantes en el acuerdo. De este modo, un pacto es de escasa importancia cuando esta posición es baja, pero no cuando es alta. Esta cuantificación, sin embargo, aunque es cierto que tiene su trascendencia para determinar el carácter inapreciable de una restricción de la competencia, es solo una parte del todo. De lo contrario, se limitaría improcedentemente el análisis que

<sup>480</sup> SSTJUE de 6 de mayo de 1971, *SA Cadillon* (asunto C-1/71); de 1 de febrero de 1978, *Miller* (asunto C-19/77); de 25 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken* (asunto C-107/82); de 8 de noviembre de 1983, *IAZ International Belgium* (asuntos acumulados C-96 a 102, 104, 105, 108 y 100/82) y de 7 de junio de 1983, *SA Musique Diffusion française and others* (asuntos acumulados C-100/80, 101/80, 102/80 y 103/80).

<sup>481</sup> SSTJUE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie* (asuntos acumulados C-40/73 y ss); de 10 de diciembre de 1985, *NSO* (asunto C-260/82); de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis* (asunto C-234/89); de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94) y de 21 de enero de 1999, *Carlo Bagnasco and others* (asuntos C-215/96 y C-216/96).

dilucida cuándo una conducta es significativa para la competencia efectiva y cuándo no.

La existencia de una lesión apreciable al bien jurídico protegido no puede reducirse exclusivamente a cálculos matemáticos. Sobre todo cuando éstos dependen de cuestiones discutibles como la determinación del mercado relevante. De ahí que la doctrina *de minimis*, en términos jurisprudenciales, no responda a la opinión generalizada que se tiene de ella, según la cual su determinación queda limitada a concretar la posición que ocupan en el mercado relevante las empresas investigadas, autoras del comportamiento que es objeto del enjuiciamiento.

En nuestra opinión, la concepción de la doctrina *de minimis* como una cuestión concurrencial puramente cuantitativa se corresponde más bien con el efecto apreciable sobre el comercio comunitario. Al respecto, no debemos olvidar que éste, aun tratándose de un elemento del art. 101.1 TFUE, cumple una función de reparto competencial entre los EEMM y la UE. De modo que cuando, en ocasiones, el TJUE hace alusión al carácter sensible de un acuerdo no está pensando en si dicho comportamiento afecta a la competencia de forma significativa. Antes bien, se está preocupando de si supone una amenaza potencial para el objetivo del mercado único europeo.

Lo anterior explica que, a nuestro parecer, la mayoría de los pronunciamientos del TJUE que tratan el elemento o test de la apreciabilidad o la sensibilidad como una cuestión de mera posición de las empresas en el mercado, se refieran casi siempre a los efectos producidos sobre el comercio comunitario y no a los causados a la competencia efectiva.

En *SA Cadillon*, por ejemplo, el TJUE afirma que un acuerdo de exclusividad puede escapar de la prohibición del art. 101.1 TFUE a la vista de la débil posición de las empresas implicadas en el mercado, incluso si trata de una protección territorial absoluta<sup>482</sup>. Esto recuerda inevitablemente a lo mantenido un par de años atrás en *Völk*<sup>483</sup>. Sin embargo, en este pronunciamiento se asegura que esa conducta no encaja en el ilícito porque “no es capaz de estorbar al logro del objetivo de crear un mercado común entre los EEMM”<sup>484</sup>. Surge entonces la posibilidad de que el parámetro

<sup>482</sup> STJUE de 6 de mayo de 1971, *SA Cadillon* (asunto C-1/71).

<sup>483</sup> STJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69).

<sup>484</sup> Traducción del texto original en inglés de la sentencia enunciada en la nota anterior, que reza “an exclusive dealing agreement may escape the prohibition laid down in Article 85(1) because, in view of the weak position of the parties on the market in the products in question in the territory covered by the exclusive dealing arrangement, it is not capable of hindering the attainment of the objectives of a single market between States, even if it creates absolute territorial protection” (La cursiva es nuestra).

formulado en la sentencia que origina la doctrina *de minimis* sea válido para el efecto sobre el comercio, pero no necesariamente para la competencia.

En *Miller*, también se observa esta aproximación puramente cuantitativa al efecto sensible sobre el comercio comunitario. Así, al analizar una prohibición de exportación, el TJUE presta atención a la cuota de mercado de soportes de sonido del productor, la cual se mantuvo en los años analizados muy próxima o por encima del 5%<sup>485</sup>. Además, el órgano jurisdiccional destaca que *Miller* se había especializado en la producción de soportes de sonido destinados a niños y jóvenes, segmento en el que ostentaba una cuota aún más alta. Por ello, considera que la CE probó debidamente que existía el peligro de afectación sensible o significativa a los intercambios entre los EEMM. Sin embargo, resulta controvertido si lo correcto era hacer referencia al conjunto del mercado de soportes de sonido o, más bien, al submercado dirigido a niños y jóvenes. En opinión del TJUE, no era necesario resolver esta cuestión en el litigio analizado, ya que las cuotas en general eran “elevadas” en todo caso (del 5%) y la compañía se había especializado en la producción de determinados géneros en los que ostentaba una posición importante.

Esto nos parece desacertado. En realidad, la CE no hace referencia a un mercado diferente, sino a un segmento dentro del propio mercado. Admitir esto abre la puerta a que la autoridad *antitrust* observe la segmentación de las empresas y que merced a ella cree artificialmente submercados en los que la posición significativa sea menos cuestionable. A modo de ejemplo, podría acudir a criterios como la edad, el sexo o la capacidad adquisitiva de los clientes para determinar la entidad de las compañías cuyos acuerdos se juzgan. De hecho, hoy sería inadmisibles no determinar la concreta cuota de mercado, ya que esta cuestión es decisiva para saber si el acuerdo está cubierto por la Comunicación *de minimis* actual. De hecho, lo estaría si atendemos al mercado de soportes de sonido en general (cuota menor al 15%) pero no al segmento concreto de soportes de sonido dirigido a niños y jóvenes (cuota mayor al 15%).

La elección de qué productos son los adecuados para calcular el mercado relevante también tiene especial importancia en el asunto *Hasselblad*<sup>486</sup>. En él, se toma en consideración que la empresa sancionada era la líder mundial en el sector de los aparatos reflex con espejo de formato mediano, en los que poseía una cuota entre el 20% y el 50% en los EEMM donde estaba presente. De hecho, el TJUE, siguiendo a la CE, enfatiza las características especiales de los aparatos de la marca *Hasselblad* y concluye que “el precio elevado de un aparato *Hasselblad* reduce la clientela potencial a los fotógrafos profesionales, usuarios comerciales o especialistas, apasionados de la fotografía o compradores prestigiosos”; razón por la cual se ha de considerar “que sólo

---

<sup>485</sup> STJUE de 1 de febrero de 1978, *Miller* (asunto C-19/77).

<sup>486</sup> STJUE de 21 de febrero de 1984, *Hasselblad Limited* (asunto C-86/82). También se fija en las cantidades vendidas (que considera poco relevantes) y en el volumen de negocio (que sí considera relevante).

los aparatos que den una imagen y que tengan características más o menos similares o comparables son intercambiables razonablemente”<sup>487</sup>. Dada esa definición del mercado relevante, obviamente se determina que inevitablemente la empresa tiene capacidad para afectar de forma sensible al comercio comunitario.

Podría pensarse que con este razonamiento el TJUE está discerniendo sobre el concepto de sustituibilidad en relación con la noción de producto que conforma el concepto de mercado relevante. Sin embargo, atender al prestigio, la calidad y la fidelidad del producto supone, en nuestra opinión, no tanto reflexionar sobre si un producto puede sustituir razonablemente a otro, sino preocuparse por ofrecer a los distintos ciudadanos de los EEMM el acceso, en condiciones similares, a este catálogo de bienes. Y es que, en rigor, en este caso la CE y el TJUE no se preocupan sobre si realmente existen productos alternativos que puedan satisfacer la misma necesidad, lo que nos llevaría necesariamente a un concepto de mercado relevante más amplio. Lo que hacen es proteger la libre circulación en el espacio económico común de unos productos valorados por un tipo de consumidores específico que, además, cuentan con una demanda inelástica. De modo que no se realiza una aproximación a esta cuestión desde la óptica de la competencia, sino más bien como garante del Mercado Único.

Siguiendo una lógica similar a los casos anteriormente expuestos, en *AEG Telefunken* el TJUE enjuicia un acuerdo vertical, en particular, un sistema de distribución selectiva<sup>488</sup>. En dicho pronunciamiento, el órgano jurisdiccional considera que el razonamiento del productor relativo a la escasa importancia de las respectivas cuotas de mercado de los distribuidores no puede acogerse, puesto que dichas compañías han controlado, como mínimo, el 5% del mercado relevante. Así, se establece con claridad que “una empresa que controla alrededor del 5% del mercado de que se trata *es una empresa de dimensiones suficientemente importantes como para que su comportamiento pueda, en principio, afectar al comercio*”<sup>489</sup>. No obstante, es claro que esto se predica del efecto sobre el comercio comunitario, *no* de la restricción de la competencia. De hecho, la cifra referida (del 5%) coincide con la acogida más tarde por las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio de 2004<sup>490</sup>.

A nuestro juicio, estas manifestaciones acerca del efecto sensible o apreciable sobre el comercio entre los EEMM no contribuyen a la definición de la restricción de la competencia, aun cuando en los primeros años el carácter sensible o apreciable se predica de los dos tipos de efectos (sobre el comercio y sobre la competencia) de

<sup>487</sup> *Ibidem*, apdo. 21°.

<sup>488</sup> STJUE de 25 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken* (asunto C-107/82).

<sup>489</sup> *Ibidem*, apdo. 58°. Énfasis añadido.

<sup>490</sup> Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio (DOUE C-101, de 27 de abril de 2004), apdo. 52°.

manera unitaria e indistinta. No en vano, creemos que la noción de efecto sobre el comercio como criterio para determinar la jurisdicción competente y el objetivo de alcanzar un mercado económico común empañan a veces el análisis realizado desde una óptica estrictamente concurrencial. Por este motivo, compartimos la opinión de la doctrina partidaria de considerar que el ámbito propicio para comprender la doctrina *de minimis* no es, realmente, el supranacional de la UE, sino el nacional de los EEMM<sup>491</sup>

Sin embargo, cierto es que incluso en la noción de apreciabilidad en relación con el efecto sobre el comercio comunitario existe jurisprudencia que asegura que la posición e importancia de los participantes en el acuerdo es tan solo un factor entre otros<sup>492</sup>. De este modo, en el asunto *Javico International vs Yves Saint Laurent Parfums* el TJUE determina primero que no nos encontramos ante una restricción por el objeto, sino por los efectos. Tras ello, analiza el contexto económico y jurídico para determinar que existe el efecto de perturbar el juego de la competencia y, confirmado este extremo, estudia si la posición que ocupa *Yves Saint Laurent* entraña un riesgo de influencia sensible en las corrientes de intercambios entre los EEMM. En este sentido, apunta que el comercio intracomunitario no puede resultar afectado de manera sensible cuando los productos destinados fuera de la Comunidad representan un porcentaje muy reducido del mercado del conjunto de tales productos en el territorio del Mercado Único<sup>493</sup>. Así, en este caso la menor importancia (del efecto sobre el comercio comunitario) no pivota en la posición de las empresas enjuiciadas, sino en la cantidad de bienes que no se pueden reimportar al espacio económico comunitario respecto del total de productos que son vendidos en dicho mercado.

Como paradigma de la complejidad que el efecto sobre el comercio comunitario introduce en la valoración que el TJUE hace de un acuerdo desde un prisma concurrencial, hemos de mencionar el asunto *Musique Diffusion française*, relativo al enjuiciamiento de unas prácticas concertadas que tenían por objeto frenar las importaciones paralelas<sup>494</sup>. En este caso, se analizan las cuotas de mercado que tenían los demandantes en relación con el perjuicio sensible al comercio entre los EEMM. La CE cifraba esa cuota entre el 7%-10% para cada uno de los mercados afectados, mientras que los demandantes afirmaban que ésta no suponía en ningún caso más de un 3,4%. Esta falta de coincidencia entre la CE y los demandantes no hace que este caso sea especial, pues es algo común a este tipo de controversias. Lo sorprendente es que el TJUE afirmase que para aplicar el art. 101.1 TFUE “el estudio de estos problemas de hecho, muy técnicos y difíciles, *puede ser superfluo si ya las cuotas de mercado que indican los demandantes son suficientes*”<sup>495</sup>. No es de extrañar, por tanto, que más tarde se haya considerado que un acuerdo entre competidores y no

<sup>491</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P y GOVAERE, I., “*De minimis* rule...”, cit.

<sup>492</sup> STJUE de 28 de abril de 1998, *Javico International v. Yves Saint Laurent Parfums SA* (asunto C-306/96).

<sup>493</sup> *Ibidem*, apdo. 26º.

<sup>494</sup> STJUE de 7 de junio de 1983, *SA Musique Diffusion française and others* (asuntos acumulados C-100/80, 101/80, 102/80 y 103/80).

<sup>495</sup> *Ibidem*, apdo. 86º. Énfasis añadido.

competidores cuyo efecto es falsear la competencia, afecta de manera sensible al comercio entre los EEMM si los productores y distribuidores participantes en el acuerdo suman una cuota de mercado cercana al 40%<sup>496</sup>.

Sin embargo, lo que sorprende en *Musique Diffusion française* es que se considere indirectamente, en contra de lo señalado, que una cuota bastante inferior al 5% (en particular, del 3,4%) afecta de forma significativa al comercio sobre los EEMM. Lo más perturbador es que para justificar esta desviación de criterio el TJUE repara en el carácter atomizado del mercado, el cual está constituido por un “gran número de marcas” y que en él los demandantes sobrepasan a la mayoría de sus competidores. Esto, al parecer, unido a sus volúmenes de negocio absolutos, obliga a que no se pueda negar que “un comportamiento de esas empresas dirigido a frenar las importaciones paralelas, y por tanto, a compartimentar mercados nacionales, podría influir en las corrientes de intercambios entre los EEMM de un modo capaz de obstaculizar la consecución de *los objetivos de un mercado único*”<sup>497</sup>.

Ahora bien, esta reflexión, que puede ser válida para el efecto sobre el comercio comunitario, no lo es para la competencia. Una cuota de mercado baja (aunque relativamente alta) en un mercado muy atomizado, no lesiona en absoluto la competencia efectiva o funcional. Cuando los productores de una determinada marca mantienen artificialmente altos sus precios persiguiendo importaciones paralelas pierden competitividad vía precio. De esta forma, los competidores, que además son numerosos, dada la acusada atomización del mercado, pueden satisfacer las necesidades de los clientes e incluso ganar cuota de mercado. He aquí un ejemplo de una conducta que desde el punto de vista concurrencial (no del objetivo del mercado común) es insignificante. De hecho, el funcionamiento del propio mercado resuelve el problema para la competencia (si bien no arregla la compartimentación de mercados nacionales).

Por último, no queremos dejar de resaltar que nuestro escepticismo acerca de una noción del elemento o test de la sensibilidad en la competencia que solo considere la posición de las empresas cuenta con otro argumento que no debemos de olvidar. Nos referimos, en concreto, a que cuando el TJUE ha estudiado la sensibilidad en la restricción de la competencia (y no en el comercio comunitario) recurriendo solo a la cuota de mercado, se ha comprometido poco, limitándose a asegurar que un acuerdo

<sup>496</sup> STJUE de 22 de octubre de 1997, *SCK and FNK* (asuntos T-213/95 y T-18/96).

<sup>497</sup> STJUE de 7 de junio de 1983, *SA Musique Diffusion française and others* (asuntos acumulados C-100/80, 101/80, 102/80 y 103/80), apdo. 86°.



suscrito por empresas que suponen entre el 60% y el 90% del mercado no puede ser insignificante<sup>498</sup>.

Lo anterior no resulta muy comprometedor. Resulta obvio que un acuerdo restrictivo de la competencia en el que están involucradas la mayoría absoluta de las compañías que operan en el mercado relevante ha de ser significativo. Parece innegable que dicho pacto tiene al menos *la capacidad de lesionar el bien jurídico* protegido por la norma (art. 101.1 TFUE), esto es, la eficiencia competitiva en el mercado objeto del concierto de voluntades. Esto es así, además, incluso cuando un participante alega escasa importancia relativa en un cártel que implica a la mitad del mercado<sup>499</sup>. No en vano, el TJUE asegura que la poca entidad de un participante en un acuerdo colusorio puede ser pertinente a efectos de la apreciación del importe de la multa impuesta a dicha sociedad, pero no como argumento para impugnar la existencia de una infracción. A su juicio, ésta existe y ha de considerarse *de minimis* o no atendiendo conjuntamente a todos los participantes de la conducta, y no aislando la posición de cada una de las empresas involucradas<sup>500</sup>.

- b) Pronunciamientos que analizan los acuerdos de menor importancia desde una perspectiva amplia y eminentemente casuística

Sin perjuicio de los pronunciamientos a los que acabamos de referirnos, lo cierto es que en la jurisprudencia del TJUE predomina una visión compleja de la menor importancia. En estas otras resoluciones se pone de manifiesto que la apreciabilidad, cuando se refiere a la competencia y no al comercio comunitario, no queda circunscrita a la posición que las empresas enjuiciadas ocupan en el mercado relevante<sup>501</sup>. Por el contrario, impera en ellas un análisis casuístico que a veces incluso tiene por objeto determinar la propia existencia de la restricción de la competencia y no tan solo su carácter sensible o apreciable<sup>502</sup>. De esta forma, se entremezclan en la doctrina *de minimis* otros conceptos del Derecho *antitrust*, tales como el análisis contrafactual, la accesoriedad de la restricción concurrencial, el contexto jurídico y económico, los efectos favorables para la competencia, el concepto de restricción por

<sup>498</sup> Con una cuota de casi el 90%: STJUE de 8 de noviembre de 1983, *IAZ International Belgium* (asuntos acumulados C-96 a 102, 104, 105, 108 y 100/82). Con una cuota de cerca del 60%: STPI de 28 de febrero de 2002, *Compagnie générale maritime and others* (asunto T-86/95). De hecho, en esta última sentencia el TPI dice que una cuota tan elevada “*por sí sola*” demuestra que el acuerdo objeto de la Decisión impugnada puede restringir la competencia de manera sensible en dicho mercado (apdo. 138°).

<sup>499</sup> STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Verhuizingen Coppens NV*, (asunto C-441/11).

<sup>500</sup> *Ibidem*, apdo. 77°.

<sup>501</sup> CASTILLO DE LA TORRE, F., “El artículo 101 TFUE: Los acuerdos prohibidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en AA.VV (coords. PEDRAZ CALVO, M y ORDÓÑEZ SOLÍS, D), *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, p. 176.

<sup>502</sup> CASPARI, M., “EEC Enforcement policy and practice: an official view”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 54, núm. 2, 1985, p. 605.

el objeto e incluso algunos criterios cualitativos totalmente ajenos a las Comunicaciones *de minimis*.

A nuestro parecer, ésta es la perspectiva correcta para determinar la noción de conducta de menor importancia. El análisis de la sensibilidad concurrencial es complejo y casuístico. De ahí que no pueda establecerse, a la luz de la jurisprudencia, un elenco cerrado de criterios (cuantitativos y cualitativos) que resulten de aplicación. En rigor, tan sólo es posible apuntar los parámetros de valoración que el TJUE viene utilizando desde el comienzo. No es honesto dar una respuesta definitiva respecto a cuáles han de ser los criterios que, habida cuenta de los distintos pronunciamientos comunitarios, determinan el carácter inapreciable de una conducta. Esto, aun cuando puede resultar decepcionante para el lector, presupone un hallazgo de no poca relevancia, como es el siguiente: *es improcedente una visión simplista de la doctrina de minimis merced a las sentencias emanadas del TJUE*. Precisamente esa es la conclusión que alcanzaremos al finalizar el análisis que aquí efectuamos.

Para empezar, conviene reparar en la sentencia del asunto *Carlo Bagnasco*<sup>503</sup>. No en vano, en este caso se aprecia la voluntad de la CE y el TJUE de no sancionar una práctica que concernía prácticamente a la totalidad del mercado bancario italiano; razón por la cual se consideró inviable recurrir como criterio de enjuiciamiento a la posición de las empresas participantes en el mercado relevante.

Al respecto, la CE considera que no se puede negar que las cláusulas juzgadas tengan efectos restrictivos sobre la competencia, en la medida en que limitan la libertad contractual de los bancos participantes en los acuerdos. Pero asegura que no son incompatibles con el art. 101.1 TFUE porque no afectan de manera sensible al comercio entre los EEMM.

El carácter inapreciable sobre el comercio (que no sobre la competencia) lo deduce el TJUE de que, aunque es cierto que los acuerdos excluyen la facultad de aplicar un tipo fijo, la variación de los tipos depende de elementos objetivos, tales como las variaciones producidas en el mercado monetario<sup>504</sup>. Asimismo, también toma en consideración la naturaleza del contrato de afianzamiento, el cual solo existe de manera accesoria al contrato principal, del que es a menudo condición previa<sup>505</sup>. Sin embargo, no aplica la teoría de las restricciones accesorias tal como la hemos expuesto con anterioridad en este trabajo. Se limita simplemente a señalar el referido carácter accesorio para extraer de él que el acuerdo no afecta de un modo sensible al comercio intracomunitario.

---

<sup>503</sup> STJUE de 21 de enero de 1999, *Carlo Bagnasco and others* (asuntos C-215/96 y C-216/96).

<sup>504</sup> *Ibidem*, apdo. 42°.

<sup>505</sup> *Ibidem*, apdo. 45°.

De este pronunciamiento se pueden recabar tres ideas interesantes: 1ª) que el efecto apreciable sobre el comercio comunitario y la restricción sensible de la competencia son conceptos diferentes, sin perjuicio de que pueden estar conectados. 2ª) que antes de examinar la cuestión de si la limitación de la libertad contractual produce efectos sensibles sobre la competencia, es oportuno analizar el posible efecto apreciable sobre el comercio entre los EEMM<sup>506</sup>. 3ª) que esta apreciabilidad no está circunscrita a la posición de las empresas en el mercado relevante, sino que puede deducirse de criterios relacionados con el contexto económico de la práctica y totalmente ajenos a la Comunicación *de minimis* y a las directrices sobre el efecto sobre el comercio comunitario.

Por consiguiente, este asunto pone de manifiesto que al TJUE normalmente le interesa discernir, antes que nada, si el asunto reviste interés comunitario o no. Y en ese análisis no se guía en absoluto por la idea de mantener y proteger un sistema de competencia efectiva, sino por el objetivo del Mercado Único. Se evidencia con ello la coherencia de lo expuesto más arriba acerca de los pronunciamientos que siguen una visión simplista de la doctrina *de minimis*. Y al mismo tiempo se pone de manifiesto que el carácter sensible o apreciable de un comportamiento concurrencial no es únicamente una cuestión numérica o cuantitativa.

El efecto apreciable sobre el comercio comunitario funciona como criterio de reparto competencial entre los EEMM y la UE. La restricción de la competencia, sin embargo, es un requisito imprescindible en cualquier jurisdicción, sea ésta nacional o supranacional, para considerar cometido el ilícito *antitrust* colusorio e imponer la correspondiente sanción (civil y administrativa). Por tanto, es razonable pensar que si el límite señalado del 5% de cuota de mercado no es una regla con carácter absoluto en el mero reparto jurisdiccional (pues si fuese así no tendría cabida un pronunciamiento como *Carlo Bagnasco*), aún más flexible deben ser aquellos criterios cuantitativos preestablecidos en las Comunicaciones *de minimis*, si nos encontramos ante un examen estrechamente relacionado con la capacidad de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido, esto es, su capacidad de afectar de modo sensible a la competencia funcional o efectiva. De ahí que no nos cause ninguna sorpresa la existencia de numerosos pronunciamientos que avalan una visión compleja del análisis al que ha de enfrentarse la constatación del carácter significativo de una restricción concurrencial.

---

<sup>506</sup> *Ibidem*, apdo. 46°.

Dos buenos ejemplos de la necesidad de realizar una aproximación casuística a la noción de restricción apreciable se encuentran ya en la jurisprudencia temprana del TJUE, en los asuntos *Béguelin* y *Suiker Unie*<sup>507</sup>.

En el primero (caso *Béguelin*) se recuerda que para estar comprendido en la prohibición del art. 101.1 TFUE el acuerdo debe afectar de manera significativa al comercio entre los EEMM y al juego de la competencia. Y se añade que para juzgar si concurren estas exigencias “los referidos elementos deben situarse en el contexto real en el que surtirán sus efectos *de no existir el acuerdo controvertido*”<sup>508</sup>. Junto a lo anterior, también se señala en esta resolución que se ha de tomar en consideración “la naturaleza y la cantidad limitada o no de los productos objeto del acuerdo, la posición y la importancia del concedente y el concesionario en el mercado de productos de referencia, el carácter aislado del acuerdo litigioso o, por el contrario, si forma parte de un conjunto de acuerdos”<sup>509</sup>.

En el segundo (asunto *Suiker Unie*) el TJUE valora el volumen de producto al que afecta el acuerdo, tanto en términos absolutos como relativos. Pero tras ello, argumenta que “*de no haber existido concertación*, alguna de las empresas interesadas habrían estado obligadas a comercializar más producto dentro del mercado común y, por consiguiente, *se habrían modificado la estructura de los intercambios y la intensidad de la competencia en el mercado interior*”<sup>510</sup>. De este razonamiento y de las elevadas cuotas de mercado de las empresas implicadas, el TJUE concluye finalmente que las prácticas concertadas objeto de análisis podrían obstaculizar el juego de la competencia de manera no desdeñable.

En rigor, estas sentencias del TJUE ponen de manifiesto que, sin perjuicio de la posición e importancia de las empresas participantes en el acuerdo, el análisis contrafactual puede jugar, de algún modo, un papel preponderante en el análisis del carácter sensible de la competencia. En rigor, la necesidad de considerar el contrafactual viene impuesta por la jurisprudencia desde el asunto *Société Technique Minière*<sup>511</sup>. Desde entonces, han proliferado los ejemplos en los que el TJUE ha aplicado dicho examen y, en su virtud, ha determinado que, en realidad, ni siquiera cabía hablar de la existencia de una verdadera restricción concurrencial<sup>512</sup>.

<sup>507</sup> SSTJUE de 25 de noviembre de 1971, SA *Béguelin* (asunto C-22/71) y de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie* (asuntos acumulados C-40/73 y ss).

<sup>508</sup> STJUE de 25 de noviembre de 1971, SA *Béguelin* (asunto C-22/71), apdo. 17°. Énfasis añadido.

<sup>509</sup> *Ibidem*, apdo. 18°. Esto recuerda, en cierto modo, al contexto jurídico y económico.

<sup>510</sup> STJUE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie* (asuntos acumulados C-40/73 y ss), apdos. 598°-601°.

<sup>511</sup> STJUE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière* (asunto C-56-65/66).

<sup>512</sup> Entre otras, SSTPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94) y de 2 de mayo de 2006, *O2* (T328/03).

Lo anterior explica que la doctrina coincide en señalar que el análisis contrafactual es uno de los aspectos a tener en cuenta con vistas a delimitar la existencia o no de una restricción de la competencia en el sentido del art. 101.1 TFUE.<sup>513</sup> En concreto, desde este punto de vista se sostiene que si, en ausencia del acuerdo analizado, la situación concurrencial no mejora, no cabe aplicar el art. 101.1 TFUE ni, en consecuencia, imponer las sanciones a las que dicha aplicación daría lugar. Por tanto, en términos de menor importancia, podría considerarse que una conducta es insignificante para el Derecho *antitrust* cuando, en ausencia del acuerdo enjuiciado, la competencia en ese mercado tan solo se promueve de una forma inapreciable o no sensible.

Además del análisis contrafactual, el TJUE también ha recurrido al contexto jurídico y económico para decidir si un acuerdo restringe la competencia de forma apreciable<sup>514</sup>. En el caso *NSO*, por ejemplo, afirma con claridad que “para apreciar el carácter sensible de la competencia es preciso tener en cuenta su contexto”<sup>515</sup>. En concreto, en esta resolución, el órgano jurisdiccional toma en consideración que el acuerdo es adoptado por la mayoría de los fabricantes e importadores que operan en un sector, pero *también* que la magnitud de la bonificación otorgada a ciertos minoristas tiene capacidad de afectar de forma apreciable a la competencia<sup>516</sup>.

Con ello, deja abierta la posibilidad de que un descuento suplementario que represente un margen de beneficio menor pueda ser considerado de escasa importancia. Así ocurriría cuando se acuerde una bonificación que implique tan solo el 0,5% del margen de beneficio, en contraposición con el sancionado en el caso expuesto que ascendía en torno al 7%. Y esto con cierta independencia respecto de la posición que ocupan en el mercado las partes que suscriben el acuerdo.

En línea con nuestro planteamiento se muestra el TJUE en el asunto *Pav Paulov*<sup>517</sup>. En él concluye que los efectos restrictivos de una decisión colectiva sobre el mercado de los servicios médicos especializados son escasos, debido a que “el coste del régimen de pensiones complementarias sólo influye de modo marginal e indirecto sobre el coste final de los servicios ofrecidos por los médicos especialistas

<sup>513</sup> Coinciden GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 119. Para profundizar en el análisis contrafactual, sin desmerecer a cualquier otro autor *vid.* IBÁÑEZ COLOMO, P y LAMADRID, A., “On the notion of restriction...”, cit., pp. 339-342; WINKLER, K., “Counterfactual analysis in predation cases”, *ECLR*, Vol. 38, núm. 8, 2013, pp. 410-421; VELJANOVSKI, C., “Counterfactual test in competition law”, *CLJ*, Vol. 9, núm. 4, 2010, pp. 436-450 y LARAIA, S., “Parallel universes: assessing the counterfactual in article 81 EC cases”, *CLJ*, Vol. 6, núm. 2, 2007, pp. 150-158.

<sup>514</sup> Algo que han sabido ver GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 126, para quienes el contexto jurídico y económico es un elemento más del test de la apreciabilidad.

<sup>515</sup> STJUE de 10 de diciembre de 1985, *NSO* (asunto C-260/82), apdo. 46°.

<sup>516</sup> *Ibidem*, apdo. 49°.

<sup>517</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2000, *Pavel Pavlov* (asuntos C-180/98 y C-184/98).

independientes”<sup>518</sup>. Así, cabe pensar que si el porcentaje del coste no fuese residual, sino considerable, la misma conducta no tendría escasa importancia concurrencial.

En todo caso, debemos advertir también que, en esta resolución a la hora de discernir sobre la apreciabilidad en la competencia, ni siquiera se alude a la cuota de mercado constreñida por la decisión (que era elevada). Además, el órgano jurisdiccional señala que, en todo caso, el establecimiento de un régimen de pensiones complementarias gestionado por un solo fondo permite a los médicos especialistas independientes repartir los riesgos asegurados, obteniendo economías de escala<sup>519</sup>. De modo que, en puridad, vemos que el TJUE incorpora a su razonamiento otra idea recurrente en los enjuiciamientos *antitrust*, como son los efectos procompetitivos. Y ello no en un análisis independiente, sino *dentro del examen de la sensibilidad en la restricción de la competencia*.

Si el lector aún no estuviese convencido de la existencia, en el ámbito jurisprudencial de la UE, de una noción amplia y eminentemente casuística de la menor importancia, quizás lo esté tras el examen del caso *CMA CGM and others*<sup>520</sup>. En él se pregunta el TJUE si es posible determinar si un acuerdo restringe la competencia y afecta al comercio comunitario de forma sensible sin delimitar el mercado de referencia. A dicha cuestión responde el órgano jurisdiccional en sentido afirmativo, al considerar que el acuerdo reviste importancia suficiente para ser sancionado. El motivo principal que esgrime en apoyo de esta solución es que se trataba de un acuerdo horizontal sobre precios, constitutivo de una infracción manifiesta del Derecho comunitario de la competencia. Pero además, toma en consideración que los gastos y recargos sobre los que se llega a un acuerdo pueden representar el 60% del precio total, por lo que concluye que el acuerdo controvertido reduce de forma significativa la capacidad de las compañías marítimas para competir en lo que se refiere al precio final, restringiendo con ello significativamente la competencia<sup>521</sup>. Por si fuese poco, las actividades enjuiciadas ya habían sido objeto de numerosos procedimientos de aplicación del art. 101.1 TFUE, por lo que los demandantes conocían perfectamente el alcance de su acuerdo<sup>522</sup>.

Esta sentencia vendría a probar que es posible, en ciertos casos, sostener que el acuerdo restringe la competencia de forma sensible sin ni quiera delimitar el mercado de referencia. Esto, rectamente entendido, implica que hay una serie de supuestos en los que el daño o peligro para la competencia es tan evidente que, a simple vista, se

<sup>518</sup> *Ibidem*, apdo. 95°.

<sup>519</sup> *Ibidem*, apdo. 96°.

<sup>520</sup> STPI de 19 de marzo de 2003, *CMA CGM and others* (asunto T-213/00). También puede resultar convincente a este respecto leer a GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., pp. 125-126

<sup>521</sup> *Ibidem*, apdos 206° y ss.

<sup>522</sup> *Ibidem*, apdo. 217°.

puede concluir que nos encontramos ante una conducta dotada de importancia suficiente para interesar al Derecho *antitrust*.

Pero a la inversa, también existirían supuestos en los que, a la luz de las circunstancias concurrentes, la escasa entidad del daño o peligro para la competencia funcional sería tal que no merecerían mayor atención. Esto es posible porque el parámetro de valoración definitivo que nos informa acerca de cuándo existe o no una conducta de escasa importancia *no es la posición de las empresas en el mercado, sino la capacidad para lesionar el bien jurídico protegido*. Ciertamente es que esta capacidad suele estar ligada a la cuota de mercado, pero no se reduce solo a ella. Se explica así que, si factores diferentes a la posición que ocupan las empresas en el mercado ponen de manifiesto la relevancia para el Derecho *antitrust* de la conducta, no sea necesario delimitar el mercado de referencia.

Paradigma de lo anterior son los intercambios de información, como lo demuestran los asuntos *John Deere* y *New Holland Ford*<sup>523</sup>. En ellos, se alcanza la conclusión de que en un mercado oligopolístico los intercambios de información pueden permitir a las empresas conocer la posición en el mercado y las estrategias comerciales de sus competidores, alterando así *sensiblemente* la competencia subsistente entre los operadores económicos. Sin embargo, se reconoce que en un mercado verdaderamente competitivo “la transparencia entre los operadores económicos fomenta la intensificación de la competencia, puesto que, en tal caso, la circunstancia de que un operador económico tenga en cuenta informaciones sobre el funcionamiento del mercado, de las que dispone gracias al sistema de intercambio de información, para adaptar su comportamiento en dicho mercado, no atenúa ni suprime para los otros operadores económicos, habida cuenta del carácter atomizado de la oferta, toda incertidumbre en cuanto al comportamiento previsible de sus competidores”,<sup>524</sup>.

De modo que un intercambio de información entre dos competidores que operan en un mercado de competencia perfecta será insignificante para el Derecho *antitrust*, al no revestir entidad suficiente como para dañar o poner en peligro la competencia efectiva<sup>525</sup>. Sin embargo, en un oligopolio la situación es diferente. Llegamos así a la conclusión de que la estructura del mercado puede jugar un papel importante a la hora de analizar si una conducta afecta o no sensiblemente a la competencia. En otras palabras, a mayor número de operadores y más igualdad entre ellos, mayor probabilidad habrá de que la conducta no afecte de forma significativa a

---

<sup>523</sup> SSTJUE de 28 de mayo de 1998, *John Deere Ltd* (asunto C-7/95) y de 28 de mayo de 1998, *New Holland Ford* (asunto C-8/95).

<sup>524</sup> *Ibidem*, apdo. 88º.

<sup>525</sup> STJUE de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax* (C-238/05), apdo. 50º.

la competencia funcional. Y a la inversa, a menor número de operadores, menores posibilidades existirán de que el acuerdo quede al margen de la prohibición formulada por la norma *antitrust* (art. 101.1 TFUE).

No obstante, la estructura del mercado no es el único factor que puede arrojar algo de luz sobre el carácter apreciable de una restricción de la competencia. La duración del acuerdo enjuiciado también puede ser un elemento digno de consideración<sup>526</sup>. Así, puede decirse que, a mayor duración del acuerdo, mayor es su capacidad para afectar sensiblemente a la competencia funcional y, por el contrario, a menor duración, menor probabilidad de que interese al Derecho *antitrust*.

En apoyo de la idea anterior es necesario aludir al asunto *Delimitis*<sup>527</sup>. Se plantea en él una cuestión prejudicial que tiene por objeto dirimir si un contrato de suministro de cerveza que contiene un acuerdo de compra en exclusiva y que forma parte de un haz de contratos semejantes puede o no afectar sensiblemente a la competencia y al comercio entre los EEMM, habida cuenta todos los contratos en su conjunto. En concreto, se pregunta si para responder a esa cuestión es importante tener en cuenta criterios tales como el volumen de ventas de cada uno de esos contratos, el volumen del conjunto de contratos, así como el número, *duración* y volumen de los vínculos existentes en proporción respecto al importe de las ventas por parte de vendedores libres<sup>528</sup>.

En la STJUE que resolvió este asunto se afirma que si del examen del conjunto de los contratos similares celebrados en el mercado de referencia y de los otros elementos del contexto jurídico y económico del contrato que se trate se evidencia que esos acuerdos no tienen el efecto acumulativo de cerrar el acceso a nuevos competidores, no pueden afectar a la competencia<sup>529</sup>. Pero si, por el contrario, ese examen desvela que el mercado afectado es difícilmente accesible, debe analizarse entonces en qué medida los contratos enjuiciados contribuyen a ese efecto acumulativo, *siendo en ese caso responsables de ese efecto aquellas compañías que contribuyan al mismo de manera significativa*. De ahí que los contratos de suministro

<sup>526</sup> La duración, de hecho, es un elemento muy recurrido en el ordenamiento italiano y por ello podemos encontrar numerosos autores italianos que no dudan en conectar la duración del acuerdo con su carácter apreciable para la competencia. A modo de ejemplo pueden ser leídos GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., pp. 125-126.

<sup>527</sup> STJUE de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis* (asunto C-234/89). Para BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 542 este pronunciamiento pone de manifiesto la inseguridad jurídica respecto a cuál es la aproximación correcta acerca del carácter apreciable de la restricción, aunque, en todo caso, el TJUE deja claro que la cuestión está abierta a criterios cualitativos.

<sup>528</sup> En nuestra opinión, éste es un claro ejemplo de cuestión prejudicial bien planteada que ayuda a esclarecer el carácter apreciable de una restricción, ya que obliga al TJUE a pronunciarse expresamente sobre si un determinado elemento tiene incidencia o no en el concepto de acuerdo *de minimis*.

<sup>529</sup> STJUE de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis* (asunto C-234/89), apdo. 23º.



cuya contribución al efecto acumulativo sea insignificante no entren en el art. 101.1 TFUE<sup>530</sup>. Y, en lo que aquí interesa, se dice expresamente que esa contribución depende, entre otros factores, de la duración.

En efecto, si la duración del pacto enjuiciado es manifiestamente excesiva respecto a la media de los contratos de suministro generalmente celebrados, ese acuerdo en particular estará prohibido. En cambio, no lo estará si tiene una duración razonable. Este sencillo planteamiento supone que, para el TJUE, una fábrica de cerveza con una cuota de mercado ciertamente reducida, pero que vincula a sus puntos de venta durante muchos años, puede contribuir al “cierre” del mercado de cerveza más que una fábrica que tenga una posición fuerte en dicho mercado pero que en cortos intervalos de tiempo, libera regularmente de su vinculación a los puntos de venta<sup>531</sup>. Concluye el TJUE, por tanto, que un contrato de suministro tiene que cumplir dos requisitos para quedar prohibido: 1º) que, según el contexto jurídico y económico del contrato, el mercado de distribución sea difícilmente accesible para competidores; y 2º) que contribuya de manera significativa al efecto acumulativo de cierre del mercado, dada la posición de las partes contratantes en el mercado afectado y la duración del contrato<sup>532</sup>. En suma, se constata, gracias a esta valoración del TJUE, que la duración del acuerdo incide en el análisis de la apreciability o sensibilidad de la restricción concurrencial.

El tiempo que dura el acuerdo como elemento a utilizar y tener en cuenta en el análisis *de minimis* se reitera y matiza en la sentencia del asunto *Langnese*<sup>533</sup>. No en vano, en este caso la CE consideró que para determinar el carácter apreciable de la restricción de la competencia era suficiente con tener en cuenta que la posición de las empresas afectadas en el mercado superaba con creces los umbrales de la Comunicación *de minimis*. Sin embargo, el TPI considera (acertadamente) que *una cuota elevada no permite por sí sola concluir que los contratos sean contrarios al art. 101.1 TFUE*, por mucho que los mismos incumban a *Unilever*, un gigante internacional<sup>534</sup>. Antes bien, se pone en valor el análisis realizado en *Delimitis* y se afirma que se debe analizar el contexto jurídico y económico de la red de acuerdos, así como las posibilidades reales de que entren competidores<sup>535</sup>. Con ello queda patente que *la cuota de mercado y los umbrales fijados en la Comunicación de menor*

---

<sup>530</sup> *Ibidem*, apdo. 24º.

<sup>531</sup> *Ibidem*, apdo. 26º.

<sup>532</sup> *Ibidem*, apdo. 27º.

<sup>533</sup> STPI de 8 de junio de 1995, *Langnese-Iglo* (asunto T-7/93).

<sup>534</sup> *Ibidem*, apdo. 98º.

<sup>535</sup> *Ibidem*, apdo. 106º. Nótese que, en este caso, el análisis de la red de acuerdos no es sino un análisis del contexto jurídico y económico, como bien han señalado GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 120.

*importancia no lo son todo*, sino únicamente un parámetro más que ha de entrar en juego junto a otros elementos<sup>536</sup>.

Este escaso apego del TJUE con los umbrales de la Comunicación *de minimis* queda patente en el asunto *European Night Services*<sup>537</sup>. En este caso, la CE mantuvo que una cuota del 5% justificaba considerar que esas empresas tenían una importancia suficiente como para presuponer que podrían afectar de forma sensible al comercio comunitario y que la misma regla era de aplicación en lo que respecta a la competencia<sup>538</sup>. Esta opinión, sin embargo, no la comparte el TPI, quien considera que la mera posibilidad de alcanzar o incluso superar el límite del 5% no permite concluir con certeza que la prohibición del art. 101.1 TFUE sea aplicable. No en vano, destaca que la propia Comunicación de menor importancia señala que la definición de orden cuantitativo dada del carácter de lo apreciable no tiene valor absoluto y que en casos particulares acuerdos que superen estos umbrales pueden afectar de manera inapreciable de la competencia<sup>539</sup>. Por eso concluyó que *imperat*, en definitiva, *un estudio casuístico de lo sensible y que la definición de la menor importancia para la competencia no puede ser pura y simplemente cuantitativa*. De hecho, el TPI consideró que la conducta enjuiciada en este caso era un acuerdo que no presentaba un efecto sensible o apreciable sobre la competencia, y por eso, anuló la Decisión de la CE<sup>540</sup>.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, se estará de acuerdo en que se presenta como una cuestión suficientemente probada la existencia, en el ámbito jurisprudencial de la UE, de una aproximación mixta a los criterios determinantes de la menor importancia.<sup>541</sup> En efecto, parece claro e indubitado que la posición que ocupan las empresas investigadas en el mercado relevante no es el único elemento o criterio a tener en cuenta<sup>542</sup>. Ciertamente es, sin embargo, que no disponemos de una norma que

<sup>536</sup> SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell...*, cit., pp. 85-87. Esto es válido igualmente para el ordenamiento jurídico español, donde la ANC ha dejado claro que está facultada para perseguir acuerdos cubiertos por la Comunicación *de minimis* vigente en cada momento *ex art.* 101.1 TFUE y, más aún, *ex art.* 1 LDC. *Vid.*, RRTDC de 13 de marzo de 1998, *Mactac* (A-3780/98) y de 26 de octubre de 2001, *Open english* (A-301/01).

<sup>537</sup> STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94).

<sup>538</sup> *Ibidem*, apdo. 86°.

<sup>539</sup> *Ibidem*, apdo. 102°. Es digno de ser resaltado que, para apoyar esta interpretación del Derecho comunitario, el órgano jurisdiccional cita el caso *Langnese*.

<sup>540</sup> En rigor, consideramos que en el presente caso no se trata de una restricción de la competencia poco sensible, sino que ni siquiera hay una auténtica restricción concurrencial. En realidad, hay una conducta procompetitiva en la medida que se aumenta la competencia en el mercado al permitir una alternativa a ciertos medios de transporte, como el avión. (*Vid.*, entre otros, NOURRY, A y HARRISON, D., “The great train victory”, *Competition Law Insight*, 6 de junio, 2017, pp. 6-7).

<sup>541</sup> De hecho, para BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., pp. 543-544 la falta de un desarrollo aún mayor acerca de qué es un acuerdo de escasa importancia no se debe al temor a una mayor inseguridad jurídica o a ampliar la divergencia de aplicación entre los distintos EEMM, sino a que el objetivo principal del Derecho comunitario es el logro de un Mercado único, no tanto la defensa del proceso competitivo. Coinciden inequívocamente con esta concepción mixta o casuística de la menor importancia GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto antitrust*, 2<sup>th</sup> ed, Torino, Giappichelli editore, 2019, pp. 125-126.

<sup>542</sup> De acuerdo con esta afirmación BOUTARD-LABARDE, M.C y SAINT-ESTEBEN, R., “Réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence”, *La semaine juridique. Edition entreprise*, núm. 5, 15406, 1989, p. 70 y MIRANDA SERRANO, L.M., “La problemática antitrust...”, cit., p. 721.

ofrezca un listado cerrado y exhaustivo de los parámetros o elementos de valoración que han de utilizarse en esta materia.

Ahora bien, este vacío normativo podría tal vez suplirse mediante una aplicación analógica de los criterios a los que alude el art. 14 de la Directiva ECN+, interpretado de conformidad con el Considerando 47º de dicho texto normativo<sup>543</sup>. Es cierto que en él se aborda el asunto de la proporcionalidad en las multas impuestas por las ANC y no, desde luego, el elemento o test de la sensibilidad o apreciabilidad. No obstante, la idea que está detrás de dicho Considerando no es otra que la valoración de la gravedad de la infracción concurrencial, esto es, la determinación del grado de daño o peligro sufrido o experimentado por el bien jurídico protegido por la norma. De modo que, desde nuestro punto de vista, no parece descabellado encontrar cierta similitud. Si los criterios señalados son útiles para determinar cuándo la infracción es más o menos grave, también pueden resultar de interés para acordar o decidir cuándo el comportamiento es tan insignificante que ni siquiera de él deriva un daño o peligro apreciable para el bien jurídico protegido, en cuyo caso no habría realmente una infracción por encontrarnos ante una conducta *de minimis*.

A la vista de lo anterior, podríamos obtener dos conclusiones relevantes del art. 14 de la Directiva ECN+, interpretado conforme su Considerando 47º: 1ª) la primera estriba en que, entre los factores que se pueden tener en cuenta se encuentran “la duración, la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las empresas involucradas, el alcance geográfico de la infracción, el hecho de que la infracción se haya aplicado, el valor de las ventas de bienes y servicios de la empresa a que se refiere directa o indirectamente la infracción y el tamaño y poder de mercado de la empresa implicada”<sup>544</sup>. 2ª) la segunda consiste en que “estos factores deben evaluarse de acuerdo con la jurisprudencia pertinente del TJUE” y “la evaluación de la gravedad se debe hacer caso por caso (...) teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso”<sup>545</sup>.

Para quienes alberguen dudas (por supuesto legítimas) acerca de la conveniencia de recurrir a la vía de la analogía en el menester que nos ocupa, hemos de realizar dos apreciaciones. Por un lado, que “la cuota de mercado combinada de todas las empresas involucradas” forma parte de la enumeración, lo que obliga a

<sup>543</sup> Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (DOUE L-11/3), Considerando 47º.

<sup>544</sup> *Ibidem*, Considerando 47º. Como ha señalado BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado..., cit., p. 489 la determinación del poder de mercado (no únicamente el examen del tamaño de las empresas) es crucial para la aplicación del art. 101.1 TFUE.

<sup>545</sup> *Ibidem*, Considerando 47º.

reconocer que la proporcionalidad de la multa no debe responder a criterios totalmente diferentes a los determinantes de la teoría de la sensibilidad o apreciabilidad de la restricción concurrencial. Por otro lado, que la inmensa mayoría de elementos que se enuncian en la Directiva ECN+ han sido aplicados por el TJUE a la hora de determinar el carácter apreciable de la restricción, como hemos tenido ocasión de comprobar en las páginas precedentes.

## 2. Estado de la cuestión: La STJUE en el asunto *Expedia* y los criterios vigentes en la COM14

El estudio hasta aquí realizado nos ha permitido alcanzar dos relevantes conclusiones: 1ª) La primera es que las conductas de menor importancia son lícitas para el Derecho *antitrust* comunitario y, en consecuencia, caen fuera del art. 101.1 TFUE. 2ª) La segunda se refiere a los criterios determinantes de la menor importancia que, como hemos visto, son tanto cuantitativos como cualitativos. Además, también sabemos ya que dichos criterios se deben aplicar y examinar caso por caso<sup>546</sup>. De ahí que para nosotros los acuerdos *de minimis* sean aquellos que, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, solo dañan o ponen en peligro la eficiencia del sistema concurrencial de una manera tan inapreciable que no se justifica la intervención del régimen prohibitivo y sancionador *antitrust*.

Seguidamente, es el momento de prestar atención a la STJUE sobre el asunto *Expedia* y a la Comunicación *de minimis* actualmente vigente. Nuestro interés y propósito consiste en introducir en nuestro análisis un pronunciamiento judicial más, quizás el más controvertido de todos, para ver cómo encaja dentro del rico recorrido histórico de la doctrina *de minimis*. En concreto, nos preguntamos en las siguientes páginas acerca de la relación existente entre los conceptos de “restricción por el objeto” y “acuerdo de escasa importancia”. En honor a la verdad, esta relación nos parece de tal calado que a su estudio le dedicamos un epígrafe completo<sup>547</sup>.

Ciertamente, no podemos renunciar en este trabajo a conocer y comprender la STJUE dictada en el asunto *Expedia*, así como la COM14 que de ella trae causa. Al respecto, nos preguntamos si ambos textos jurídicos (uno del TJUE y otro de la CE) suponen o no una verdadera novedad o si, por el contrario, su trasfondo es similar al de otros pronunciamientos judiciales anteriores, como el caso *CMA CGM and others*, al que ya hemos aludido más arriba<sup>548</sup>. Además, tratamos de discernir, en la medida de nuestras posibilidades, si la sentencia del caso *Expedia* y la COM14 son coherentes

<sup>546</sup> SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell...*, cit., p. 87; DIEBOLD, N y SCHÄKE, C., “*De minimis Exceptions...*”, cit., p. 110 y NOONAN, C., *Competition Law...*, cit., pp. 341-345.

<sup>547</sup> *Infra*, 1ª Parte, IV, 3.

<sup>548</sup> *Infra*, 1ª Parte, V.

con nuestros planteamientos y conclusiones o si, por el contrario, nos obligan a efectuar alguna rectificación digna de ser tenida en cuenta en un trabajo de esta naturaleza.

En rigor, el presente epígrafe se divide en dos partes: 1ª) En la primera se exponen el supuesto de hecho del caso *Expedia*, las conclusiones del Abogado General relativas a dicho asunto y la postura mantenida finalmente por el TJUE [*infra*, 2.1]. 2ª) En la segunda la atención se centra en el contenido de la COM14 [*infra*, 2.2], con especial insistencia en sus tres extremos o aspectos más controvertidos; a saber: a) la relación entre la COM14 y los REC; b) la conexión entre el efecto apreciable sobre la competencia y sobre el comercio comunitario; y c) la interpretación conjunta de los conceptos de acuerdo de menor importancia y de restricción por el objeto [*infra*, IV].

### 2.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Expedia*

A fin de entender correctamente este pronunciamiento, conviene señalar sus antecedentes de hecho y de derecho. En el supuesto que ahora nos ocupa, la *Société nationale des chemins de fer français* (en adelante *SNCF*) celebró varios acuerdos con *Expedia*, empresa americana dedicada a la venta de viajes en internet, cuyo propósito último era crear una filial común a través de la cual desarrollar la venta *online* de billetes de tren y de viajes.

La autoridad gala de la competencia estimó que la referida colaboración era una práctica colusoria contraria al art. 101 TFUE y al art. L. 420-1 del Código de Comercio francés. Fundamentó esta solución en la inaplicación de la salvaguarda de la Comunicación *de minimis*, toda vez que *Expedia* y *SNCF* eran empresas competidoras en el mercado de servicios *online* de agencias de viajes de recreo que contaban, además, con una cuota de mercado conjunta mayor del 10%.

*Expedia*, disconforme con este fallo, alegó ante la jurisdicción francesa correspondiente que la ANC había sobrevalorado las cuotas de mercado de la empresa resultante y, por consiguiente, que debía estimarse la menor importancia de la práctica. No obstante, el órgano jurisdiccional en sentencia de 23 de febrero de 2010, rechazó dicha alegación. A su juicio, del tenor literal del art. L. 464-6-1 del Código de Comercio francés y, en particular, del empleo del verbo “podrá”, se infiere que la ANC está facultada para perseguir prácticas de empresas cuyas cuotas de mercado se sitúan por debajo de los umbrales fijados por el propio Código o por la Comunicación *de minimis* vigente.

No conforme con esta decisión judicial, *Expedia* recurrió al Tribunal de Casación francés. Aunque este órgano jurisdiccional consideró que el objeto del acuerdo controvertido era contrario a la competencia, apreció que de la jurisprudencia del TJUE no se podía deducir que la CE hubiese perseguido una práctica de este tipo si las cuotas de los mercados de referencia no sobrepasan los umbrales fijados en la Comunicación *de minimis*. Sin embargo, también reparó en que la Comunicación carece de carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Surge así la duda para el tribunal francés acerca de si los umbrales de cuota de mercado establecidos en la Comunicación suponen una presunción *iure et de iure* de la inexistencia de efecto sensible sobre la competencia. Razón por la cual decidió plantear la siguiente cuestión prejudicial: ¿ha de interpretarse el art. 101.1 TFUE y el art. 3.2 del Reglamento núm. 1/2003 en el sentido de que se oponen a que una conducta colusoria susceptible de afectar al comercio entre los EEMM de la UE, pero sin alcanzar los umbrales fijados por la Comunicación *de minimis*, sea investigada y sancionada por una ANC?

A nuestro juicio, la Abogada General responde apropiadamente a esta cuestión prejudicial. En concreto, concluye que “un EEMM puede investigar y sancionar un acuerdo entre empresas como contrario a la competencia aunque no se alcancen *los umbrales de cuotas de mercado* establecidos por la CE en su Comunicación *de minimis*, siempre que la ANC haya considerado debidamente dicha Comunicación y acredite de otro modo que tiene por objeto o efecto una restricción sensible de la competencia”<sup>549</sup>. A su vez, también afirma que “la Comunicación *de minimis* de la CE debe interpretarse en el sentido de que *los umbrales de cuotas de mercado* establecidos en ella *son irrelevantes a la hora de evaluar la sensibilidad* de las restricciones de la competencia *causadas por acuerdos entre empresas con un objeto contrario a la competencia*”<sup>550</sup>.

Creemos no equivocarnos al sostener que ambas afirmaciones de la Abogada General no contradicen las conclusiones alcanzadas en páginas anteriores. Antes bien, las refuerzan. Las ideas que se extraen de dichas palabras son plenamente compatibles con nuestro análisis. Así, de lo aseverado por KOKOTT se deduce, por un lado, que la Comunicación *de minimis* no agota la definición del carácter sensible de la restricción; por otro lado, que existen más criterios que la cuota de mercado conjunta de las empresas para determinar cuándo un acuerdo es de menor importancia; y, sobre todo y por último, que tanto la restricción por el objeto como por el efecto han de ser

---

<sup>549</sup> Conclusiones de la Abogada General KOKOTT, de 6 de septiembre de 2012, asunto *Expedia* (C-226/11), apdo. 58°.

<sup>550</sup> *Ibidem*, apdo. 58°.

sensibles, si bien en el caso de las restricciones por el objeto el examen del carácter apreciable *difiere* del que es propio de las restricciones por los efectos.

A lo largo de las conclusiones a las que nos referimos, encontramos numerosas reflexiones coherentes con la definición de lo sensible o apreciable (o, si se prefiere, de la menor importancia) que aquí proponemos. En efecto, reconoce KOKOTT que la jurisprudencia reiteradamente ha manifestado que solo se pueden perseguir e investigar acuerdos que tengan *por objeto o por efecto* restringir *sensiblemente* la competencia<sup>551</sup>. De modo que “el requisito de la restricción sensible se aplica en principio tanto a las medidas que tengan por objeto como a las que tengan por efecto restringir la competencia”<sup>552</sup>. Además, coincide con nosotros de forma explícita y clara al considerar que “las cuotas de mercado son *solamente uno de los diversos puntos de referencia de tipo cuantitativo y cualitativo* a partir de los cuales se puede evaluar si un acuerdo genera o no una restricción sensible de la competencia”<sup>553</sup>.

A nuestro parecer, estas conclusiones de la Abogada General son correctas y lógicas. No obstante, esconden también un desacierto que luego se deja notar en el pronunciamiento del TJUE<sup>554</sup>. Nos referimos a estimar que cuando se ha demostrado que un acuerdo entre empresas con objeto contrario a la competencia puede afectar sensiblemente al comercio entre los EEMM, se puede deducir de ahí al mismo tiempo y sin más que dicho acuerdo puede impedir restringir o falsear el juego de la competencia.

Desgraciadamente, estas últimas palabras son las elegidas por el TJUE para dar respuesta a la cuestión prejudicial que le fue planteada en este asunto. Y, ciertamente, disociadas del razonamiento global realizado por KOKOTT, conducen a entender que el efecto sensible sobre la competencia y sobre el comercio comunitario son lo mismo, así como que toda restricción por el objeto es, necesariamente, una restricción apreciable o significativa de la competencia. Sin embargo, lo que quiere decir realmente es que, a los efectos del análisis de la sensibilidad, es suficiente con el criterio cuantitativo brindado por el efecto sobre el comercio y que, por tanto, *no es necesario acudir a los umbrales de la Comunicación cuando estamos ante una restricción por el objeto*.

Se conectan así en este asunto una tríada de conceptos que están poco claros en la comunidad jurídica, incluso considerados por separado o de forma aislada. Nos

---

<sup>551</sup> *Ibidem*, apdo. 23°.

<sup>552</sup> *Ibidem*, apdo. 47°.

<sup>553</sup> *Ibidem*, apdo. 41°.

<sup>554</sup> Esto es sin perjuicio de la cuestión de si la conducta enjuiciada en el asunto *Expedia* es una restricción por el objeto o no. A nuestro juicio, en todo caso, el análisis contrafactual impediría la calificación de restricción por el objeto de la práctica realizada por la *SNCF* y *Expedia*.

referimos a la noción de efecto sobre el comercio comunitario, al concepto de restricción sensible de la competencia y a la noción de restricción por el objeto. A ello, además, debemos de sumar la confusión generalizada y ya señalada entre doctrina *de minimis* y Comunicación *de minimis* (a la que nos referimos expresamente más arriba), por la que a menudo se piensa erróneamente que cuando se hace referencia a la segunda también se alude a la primera. A la vista de todo esto, no es difícil advertir que, tras la STJUE en el caso *Expedia*, el carácter apreciable o sensible de la restricción de la competencia se convierte en un concepto algo diabólico para Derecho *antitrust*.

De todos modos, más allá de estas palabras desafortunadas a las que hemos hecho referencia, lo cierto es que de las afirmaciones realizadas por la Abogada General se infiere una definición coherente con el origen y la jurisprudencia en materia *de minimis*: los acuerdos de menor importancia son aquellos que, a la vista de todos los elementos que concurren en el caso concreto, solo dañan o ponen en peligro la eficiencia del sistema concurrencial de una manera tan insignificante o inapreciable que no se justifica la intervención del Derecho *antitrust*.

Por su parte, al resolver la cuestión prejudicial, el TJUE recuerda que para subsumirse en la prohibición del art. 101 TFUE es preciso que un acuerdo entre empresas tenga por objeto o efecto restringir la competencia de manera apreciable y que afecte de forma sensible al comercio entre los EEMM<sup>555</sup>. Además, el TJUE enfatiza que la Comunicación *de minimis* tiene carácter vinculante para la CE. Ésta, se ve autolimitada en sus facultades de apreciación y no puede apartarse del contenido de aquella, pues de lo contrario, conculcaría principios generales del Derecho tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima.

Ahora bien, junto a lo anterior, señala también el TJUE el carácter no vinculante de la Comunicación *de minimis* para las ANC y para los órganos jurisdiccionales de los EEMM. De modo que para determinar el carácter sensible o apreciable de una restricción de la competencia, las ANC pueden tener en cuenta los umbrales previstos en la Comunicación *de minimis*, pero no están obligados a ello. Es más, según apunta el TJUE, *los umbrales son únicamente uno de los indicios que permiten a una autoridad determinar el carácter sensible o no de una restricción en función del marco real en el que se sitúe el acuerdo*<sup>556</sup>. En el supuesto analizado, por

<sup>555</sup> Así lo pone de manifiesto el contenido del art. 3, apdos 1º y 2º del Reglamento n° 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 L-1, de 4 de enero de 2003). Sobre este Reglamento, ZURIMENDI ISLA, A., “El Reglamento CE 1/2003: licitud y cambios en el control de los pactos anticolusorios”, *Diario La Ley*, núm. 6607, 2006.

<sup>556</sup> STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (asunto C-226/11), apdo. 31º.



tanto, resulta más que obvia la respuesta a la cuestión prejudicial. No en vano, ésta se encuentra en la propia Comunicación *de minimis*<sup>557</sup>.

Sin embargo, lamentablemente, el TJUE no es del todo claro cuando habla de acuerdos de menor importancia y restricciones por el objeto, quizás porque pone demasiada atención en las palabras más desacertadas de todo el razonamiento emitido por la Abogada General. Cierto es que el TJUE recuerda que en la aplicación del art. 101.1 TFUE, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear la competencia. A este respecto, apunta que el TJUE ha considerado que la distinción entre “infracciones por objeto” e “infracciones por efecto” reside en el hecho de que ciertas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, nocivas para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. Pero de ahí concluye que un acuerdo que pueda afectar al comercio entre los EEMM y que tenga un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible de la competencia.

En lo anterior el TJUE no está demasiado acertado. En lugar de sostener que en las denominadas restricciones por el objeto los umbrales *de minimis* no tienen incidencia (que hubiese sido lo correcto), da un paso más allá que le lleva a considerar (de forma equivocada) que toda restricción por el objeto es sensible o significativa para la competencia por definición. Con todo, el TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada afirmando que el art. 101 TFUE y el Reglamento núm. 1/2003 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una ANC aplique el art. 101 TFUE a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre los EEMM, pero que no alcance los umbrales fijados por la CE en su Comunicación *de minimis*, siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición<sup>558</sup>.

La respuesta ofrecida a la cuestión prejudicial ha pasado a formar parte del contenido de la COM14 de forma expresa. En concreto, en su apdo 2º, se afirma que la presente Comunicación no cubre los acuerdos que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Con esta previsión, la antigua relación de conductas del apdo 11º de la COM01 queda obsoleta. Ahora, parece darse a entender que la no aplicación de la Comunicación a los acuerdos restrictivos por el objeto directamente presume *iure et de iure* que éstos restringen la

---

<sup>557</sup> COM01, apdo. 4º.

<sup>558</sup> STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (asunto C-226/11), apdo. 38º. Nótese que, a pesar de lo expuesto, se exige que la restricción por el objeto constituya una restricción sensible de la competencia aunque no alcance a los umbrales de la Comunicación *de minimis*.

competencia de forma significativa. Se llega así a una conclusión que colisiona directamente con la sentencia que dio origen a la doctrina *de minimis*, esto es, la recaída en el caso *Volk* que, como se recordará, versaba sobre un acuerdo restrictivo de la competencia por su objeto<sup>559</sup>. Ahora bien, a nuestro juicio, esta colisión o contradicción es solo aparente. Como trataremos de demostrar más adelante, es posible una interpretación respetuosa con la totalidad de los pronunciamientos del TJUE y de la CE que no prive de coherencia al régimen aplicable a las conductas *antitrust* de menor importancia en el seno de la UE.

Con el pronunciamiento del caso *Expedia*, empero, es cierto que la inseguridad jurídica se acrecienta considerablemente. Sobre todo, porque se pone de manifiesto de forma indubitada que la Comunicación *de minimis* tiene una importancia relativa, en la medida en que deja un margen de apreciación amplísimo a las ANC de los EEMM de la UE<sup>560</sup>. Así las cosas, es claro que el propósito de una aplicación uniforme del Derecho *antitrust* comunitario puede verse constreñido ante la posibilidad de que se adopten soluciones jurídicas distintas según cual sea el órgano, nacional o comunitario, encargado de aplicar el art. 101.1 TFUE<sup>561</sup>. Además, se ofrece orientación acerca de cómo se han de interpretar dos conceptos del Derecho *antitrust*, como son el de restricción por el objeto y el de restricción sensible de la competencia. Sin embargo, como ambas nociones no están claras en absoluto, su interpretación conjunta reviste una complejidad sin precedentes, que analizamos en el siguiente epígrafe<sup>562</sup>.

En todo caso, es posible afirmar que la relación entre restricciones por el objeto y los acuerdos de menor importancia da un nuevo giro con la STJUE del caso *Expedia*. En efecto, las palabras del TJUE causan una cierta sorpresa por cuanto que en este asunto no se planteó directamente cuestión prejudicial sobre dicha cuestión, sino que tan solo se preguntó por la aplicabilidad y vinculación de la Comunicación *de minimis* para los EEMM. Además, aparentemente al menos, la aseveración del TJUE sobre esta concreta materia parece contradecir un conjunto de pronunciamientos judiciales anteriores, entre los que se encuentra el dictado en el caso *Völk*, génesis de la doctrina de la menor importancia en el Derecho *antitrust* de la UE.

<sup>559</sup> Además de la STJUE en el asunto *Völk*, cuarenta años más tarde la STJUE de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios* (C-260/07), apdos. 82º y 83º también pone de manifiesto que incluso una fijación de precios debe ser una restricción sensible de la competencia para poder encajar en la prohibición *ex art.* 101.1 TFUE.

<sup>560</sup> Cabe así la posibilidad de que un acuerdo que cae fuera del art. 101.1 TFUE, por la aplicación de la salvaguarda de la Comunicaciones *de minimis*, sea juzgado en virtud de la legislación nacional. En consecuencia, no se puede descartar con total seguridad un test conforme al Derecho *antitrust* de los EEMM. Sobre esta posibilidad se pronuncia, en particular, FERNÁNDEZ VICIÉN, C., “La política comunitaria de restricciones verticales”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2000*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 94.

<sup>561</sup> TOBÍO RIVAS, A.M., “La aplicación del Derecho Antitrust de la Unión Europea por una autoridad nacional de la competencia y la comunicación *de minimis*”, *ADI*, t. XXXIII, 2013, pp. 582-583.

<sup>562</sup> *Infra*, IV, 3.

Por estos motivos las implicaciones de la sentencia del asunto *Expedia* no están claras. Por un lado, la cercanía en el tiempo entre este caso y el asunto *Allianz Hungria* nos lleva a pensar que el TJUE mantiene una aproximación ortodoxa al concepto de restricción por el objeto y, en suma, que tiene una visión negativa de ciertas conductas, razón por la cual las considera siempre significativas para la competencia<sup>563</sup>. Pero por otro, dada la matización que realizó el TJUE en *Cartes Bancaires* y, más tarde, en los asuntos *Generics UK* y *Budapest Bank*, cabe la posibilidad de que esa interpretación textual o literal de las palabras del órgano jurisdiccional en la STJUE sobre el asunto *Expedia* no sea la más correcta y afortunada<sup>564</sup>.

Como tendremos ocasión de comprobar, si el examen de la restricción por el objeto consta de dos fases, atendiendo una de ellas al contexto jurídico y económico, puede entenderse que, a tenor de lo expuesto en *Expedia*, es posible que la apreciability forme parte del análisis de dicho contexto incluso en los supuestos de acuerdos recogidos en la “lista negra” del apdo. 11º de la COM97 y la COM01<sup>565</sup>. De ser ese así, la STJUE en el asunto *Expedia* tan solo constataría que la sensibilidad de la restricción forma parte del contexto económico que determina si una restricción lo es por el objeto o no<sup>566</sup>. Esto, lejos de contradecir nuestro análisis sobre la jurisprudencia anterior a la referida sentencia, lo refuerza. No en vano, en los casos de restricciones por el objeto la Comunicación *de minimis* es aún más relativa de lo que se piensa en un principio. Además, si se relaciona la noción de restricción apreciable de la competencia con el contexto jurídico y económico, no cabe sino reconocer que el objeto de estudio es permeable a diversos elementos valorativos.

---

<sup>563</sup> BONFIELD, L *et al.*, *European Business Law. Representing clients doing business in the European Union*, United States, West Academic, 2018, pp. 452-453. De hecho, KING, S., “How appreciable is object? The *de minimis* doctrine and Case C226/11 *Expedia Inc v Autorité de la concurrence*”, *ECJ*, Vol. 11, núm. 1, 2015, p. 12 nos avisa de que así ha sido entendido con carácter general por los prácticos del derecho. Además, hay doctrina científica que se pronuncia en este sentido, como por ejemplo, AKMAN, P., “The Court of Justice’s *Expedia* ruling undermines the economic approach by eliminating the *de minimis* doctrine defence in object agreements”, *Competition Law and Policy blog*, 4 de junio, 2013. Disponible en <https://competitionpolicy.wordpress.com> (Consultado por última vez el 14 de marzo de 2021).

<sup>564</sup> BRUZZONE, G y CAPOZZI, S., “Restrictions by object in the Case Law of the Court of justice: In search of a systematic approach”, en AA.VV, (eds. BENACCHIO, G. A. y CARPAGNANO, M), *L’Applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell’Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 230-231 y JONES, A y SUFRIN, B., *EU Competition Law, text cases and materials*, 4ª ed, United Kingdom, Oxford, 2011, p. 176. Por otro lado, la STJUE de 30 de enero de 2020, *Generics UK* (C-307/18), ha sido comentada, entre otros, por RIZZUTO, F y LYNCH, M., “The implications of the *Generics UK* pay for delay ruling of the Court of Justice of the European Union (C307/18) *Generics UK Ltd and others*”, *European Competition and Regulator Law Review*, Vol. 4, núm. 2, 2020, pp. 150-163 y ZELGER, B., “By object or effects restrictions: Reverse payment settlement agreements in light of *Lundbeck*, *Servier* and *Generics*”, *JECL&P*, Vol. 12, núm. 4, 2021, pp. 273-283.

<sup>565</sup> STJUE de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios* (C-260/07), apdos. 82º y 83º.

<sup>566</sup> Así se deduce de las Conclusiones de la Abogada General KOKOTT, de 6 de septiembre de 2012, asunto *Expedia* (C-226/11), apdo. 41º.

## 2.2. La Comunicación en materia de menor importancia vigente

La motivación para redactar una nueva Comunicación *de minimis* en el año 2014 fue doble<sup>567</sup>. Por un lado, la CE quiso plasmar en un nuevo texto la jurisprudencia más reciente, en particular, la contenida en la STJUE sobre el asunto *Expedia*. Por otro, se consideró conveniente adaptar el régimen de las conductas de menor importancia a la existencia de nuevas normas que pudieran ejercer cierta influencia sobre ellas, especialmente a los REC<sup>568</sup>.

La COM14 no presenta demasiado interés en la mayor parte de su contenido, en la medida que éste es reiterativo respecto de su predecesora. Sin embargo, también cuenta con tres extremos controvertidos que, a nuestro juicio, son acreedores de atención y análisis. Entre los aspectos que simplemente apuntaremos (por ser ya sobradamente conocidos), hemos de situar los umbrales determinantes de la menor importancia o el carácter no vinculante de la Comunicación. En cambio, entre los que identificamos como más relevantes, están: a) la relación entre los REC y las conductas de *minimis*; b) la relación entre el efecto apreciable sobre el comercio comunitario y la restricción sensible de la competencia; y, por último, c) la relación entre restricción por el objeto y acuerdo de menor importancia. Debido a su relevancia, al tratamiento de estos tres últimos aspectos dedicamos un epígrafe completo [*infra*, IV].

La COM14 insiste nuevamente en que su definición de lo sensible no implica que los acuerdos entre empresas que superen los umbrales por ella fijados constituyan una restricción sensible de la competencia<sup>569</sup>. En consecuencia, bajo ningún concepto puede considerarse que en ella se establece cuándo nos encontramos ante una conducta *de minimis*. Se trata, simplemente, de una guía que permite conocer de antemano la actuación de la CE, quien va a presumir *iure et de iure* que el acuerdo no es significativo si se dan los requisitos que ella fije.

Lo anterior explica que la COM14 vuelva a enfatizar que la CE no incoará procedimiento alguno y que si ya lo ha hecho, pero las empresas demuestran que consideraron de buena fe que no excedían los límites en ella fijados, no se impondrán multas<sup>570</sup>. Al mismo tiempo, recuerda que ésta no tiene carácter vinculante para los tribunales y ANC de los EEMM, y que lo apuntado en ella debe entenderse sin perjuicio de las interpretaciones que realice el TJUE<sup>571</sup>.

<sup>567</sup> DE LA VEGA GARCÍA, F., “Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre acuerdos de menor importancia (*de minimis*)”, *Blog de Derecho y Competencia*, 2014. Disponible en [derechoycompetencia.blogspot.com](http://derechoycompetencia.blogspot.com) (Consultado por última vez el 14 de marzo de 2021).

<sup>568</sup> *Ibidem*.

<sup>569</sup> COM14, apdo 3°.

<sup>570</sup> *Ibidem*, apdo 5°.

<sup>571</sup> *Ibidem*, apdos 5° y 7°.

En cuanto a los umbrales preestablecidos, la COM14 distingue entre acuerdos horizontales y verticales. Para que un pacto entre competidores restrictivo por sus efectos pueda ser considerado *de minimis*, la cuota de mercado conjunta de las empresas involucradas debe ser inferior al 10%<sup>572</sup>. Para los acuerdos entre compañías que no sean competidoras, la referida cuota se eleva hasta el 15%<sup>573</sup>. En caso de duda acerca de si estamos ante un acuerdo entre competidores o no, se opta por el 10% de cuota de mercado. Finalmente, es de resaltar que dicho límite se reduce hasta el 5% para los supuestos de redes paralelas de acuerdos<sup>574</sup>. Como era de esperar, para la definición del mercado relevante se remite nuevamente a la Comunicación específica que aborda esta materia<sup>575</sup>.

#### IV. LOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Como apuntamos anteriormente, la COM14 efectúa algún tipo de conexión entre las nociones de menor importancia, las autorizaciones por categorías, la restricción de la competencia por el objeto y el efecto apreciable sobre el comercio comunitario. Es ahora el momento de abordar estos asuntos. Nuestro propósito consiste en tratar de comprender esta relación de conceptos en el sentido que nos parezca más acertado. El objetivo último que perseguimos consiste, básicamente, en encajar todas estas nociones dentro de los planteamientos y conclusiones a los que nos ha conducido la investigación desarrollada hasta este momento. En primer lugar, nos referiremos a la conexión entre los REC y las conductas *de minimis* [*infra*, 1]. Seguidamente, abordaremos la relación entre la noción de la sensibilidad sobre la competencia y el concepto de sensibilidad sobre el comercio comunitario [*infra*, 2]. Finalmente, trataremos el asunto de cómo debe analizarse el carácter apreciable en aquellas restricciones que merecen la consideración de restricciones por el objeto (en contraposición a las restricciones por los efectos) [*infra*, 3].

##### 1. La relación entre los Reglamentos de Exención por Categorías y las conductas *de minimis*

Como se sabe, la normativa reguladora de los ilícitos *antitrust* en el Derecho comunitario puede ser tildada de poco selectiva a la hora de tipificar las conductas anticompetitivas<sup>576</sup>. No en vano, prohíbe *todo* acuerdo, decisión de asociación de empresas o práctica concertada (entre empresas) cuya finalidad, efecto real o potencial

<sup>572</sup> *Ibidem*, apdo 8°.

<sup>573</sup> *Ibidem*, apdo 8°.

<sup>574</sup> *Ibidem*, apdos 8°-10°.

<sup>575</sup> Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DOCE C-372, de 9 de diciembre de 1997).

<sup>576</sup> PINTOS AGER, J., “La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque”, *Indret*, núm. 3, 2001, p. 3.

consista en impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado comunitario o en una parte sustancial del mismo (art. 101.1 TFUE).

Sin embargo, una prohibición desmedida, sin limitaciones de ningún tipo, acarrearía problemas de inseguridad jurídica y sobrecargaría a la CE y las ANC con un trabajo excesivo a la hora de aplicar el Derecho de la competencia. De ahí la oportunidad del establecimiento de salvedades al carácter omnicomprendivo del tenor literal de la norma prohibitiva (art. 101.1 TFUE), entre las que figura precisamente el art. 101.3 TFUE<sup>577</sup>.

Bien es cierto que las autorizaciones fundadas en el art. 101.3 TFUE, tanto si son singulares como en bloque o por categorías, presuponen que la conducta encaja en el art. 101.1 TFUE<sup>578</sup>. Por ello un acuerdo *de minimis* (que ha de reputarse lícito *ex art.* 101.1 TFUE) no puede equipararse a una conducta exceptuada en bloque (*ex art.* 101.3 TFUE) que constituye, en rigor, una conducta ilícita pero exenta de la prohibición en consideración a su contribución a la eficiencia socioeconómica<sup>579</sup>.

Por tanto, parece improcedente que un instrumento de *soft law* sobre el art. 101.1 TFUE, como la COM14, aluda a instrumentos elaborados al amparo del art. 101.3 TFUE. No en vano, la exención en bloque o por categorías de determinados grupos y tipos de acuerdos del ámbito de la prohibición del art. 101 TFUE surge con la finalidad de que la CE delimite aquellos comportamientos concurrenciales que quedan autorizados en su conjunto<sup>580</sup>.

Ahora bien, si reparamos en que la COM14 constituye una orientación vinculante para la CE acerca de cuándo está claro (en abstracto) que un acuerdo no restringe de forma apreciable la competencia, parece lógico que los REC sean tenidos en cuenta a la hora de aplicar los umbrales de la Comunicación *de minimis*. Y es que,

<sup>577</sup> Para un mayor estudio sobre el art. 101.3 TFUE, sin desmerecer a otros autores, cabe mencionar a TOBÍO RIVAS, A.M., *La autorización...*, cit., pp. 61-74; MAZIARZ, A., "Do non-economic goals count in interpreting article 101(3) TFEU?", *ECJ*, Vol. 10, núm.2, 2014, pp. 341-359; MOODY, W., "De jure and de facto divergence: article 101(3) TFEU in troubled waters", *Bristol Law Review*, núm. 5, 2018, pp. 137-155 y BROOK, O., "Struggling with article 101(3) TFEU: diverging approaches of the Commission, EU Courts and five competition authorities", *CMLRev*, Vol. 56, núm. 1, 2019, pp. 121-156.

<sup>578</sup> TOBÍO RIVAS, A.M., *La autorización...*, cit., p. 64.

<sup>579</sup> De acuerdo JONES, A., "Completion of...", cit., pp. 934 y 938; GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 119 y BENAVIDES VELASCO, P., "Algunos problemas concurrenciales -y actuales- relativos a la integración vertical en la distribución de hidrocarburos", *ADI*, t. XXXVIII, 2017-2018, pp. 31 y 45.

<sup>580</sup> TOBÍO RIVAS, A.M., *La autorización...*, cit., p. 61. Al respecto, encontramos, entre otros, los acuerdos de suministro y distribución entre no competidores regulados por el art. 4 del Reglamento núm. 330/2010 de la CE, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L-102, de 23 de abril de 2010) o los acuerdos de licencia entre no competidores, contemplados en el art. 4 del Reglamento núm. 316/2014 de la CE, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DOUE L-93, de 28 de marzo de 2014).

ciertamente, parece razonable que lo que permita un REC (cláusulas de lista blanca) también lo permita la COM14, y a la inversa, que aquello que se considere especialmente grave (cláusulas de lista negra), no se presuma insignificante por la COM14. De ahí que la COM 14 indique que *no se aplicará la salvaguarda de minimis sustentada en los umbrales de cuotas de mercado* a los acuerdos que contengan alguna de las restricciones que figuren como especialmente graves en cualquier REC.

La COM14, por tanto, resulta especialmente adecuada para aquellas categorías de conductas colusorias respecto de las cuales no exista un REC, así como para aquellas otras que, pese a estar contempladas en un REC, no figuren ni entre las prácticas autorizadas ni entre las que se consideren especialmente graves. A diferencia de otras Comunicaciones precedentes, la operatividad de la Comunicación *de minimis* vigente queda, en consecuencia, relegada a supuestos residuales de acuerdos que puedan restringir la competencia por sus efectos (no por su objeto) y que no estén contemplados por un REC.

Debe advertirse, sin embargo, que los REC inciden en la aplicación de la COM14, pero *no en el test de la apreciabilidad o la sensibilidad* de la restricción concurrencial (recuérdese, como explicamos anteriormente, que la noción de restricción significativa de la competencia no se reduce a los umbrales fijados en la Comunicación *de minimis*). Por tanto, los REC no tienen nada que decir al abordar la noción del efecto sensible sobre la competencia. Esto debe ser así en la medida que aquellos corresponden a un examen propio del art. 101.3 TFUE, mientras que el test de la apreciabilidad o la sensibilidad de la restricción concurrencial se refiere a un análisis con sede en el 101.1 TFUE.

A la vista de lo anterior, no ha de causar sorpresa ni extrañeza que la doctrina científica haya señalado que “el hecho de que un acuerdo no cumpla los requisitos y condiciones de un REC, no significa que esté necesariamente prohibido por el párrafo primero”<sup>581</sup>. Y es que, lógicamente, el resultado de un examen propio del art. 101.3 TFUE no puede condicionar un análisis presente en el art. 101.1 TFUE, como es el test de la apreciabilidad o sensibilidad. Es cierto que a veces ante una conducta que pudiese encajar en la noción de acuerdo colusorio, se acude primero a los REC. El motivo es que éstos permiten un examen más rápido y automático que cualquier otro. Pero, rectamente aplicado, el art. 101.3 TFUE exige que la conducta enjuiciada encaje en el art. 101.1 TFUE. Es por eso que es totalmente posible que un acuerdo que no queda eximido por un REC sea, a pesar de ello, un acuerdo *de minimis*.

---

<sup>581</sup> *Ibidem*, p. 71.

No en vano, es innegable que el examen propio del art. 101.1 TFUE es anterior a cualquier análisis del art. 101.3 TFUE, en la medida que éste requiere que la conducta esté prohibida para quedar exenta. Dicho en palabras aún más claras: no se puede eximir una conducta que no está sujeta a la prohibición (en este caso, por no afectar a la competencia de forma significativa). Ciertamente es, empero, que la distinción entre el apdo 1º y 3º del art. 101 TFUE no siempre es nítida y que, en ocasiones, el TJUE y la CE los entremezclan indebidamente. Por eso, en este sentido, no consideramos demasiado atrevida la opinión de los autores que apuntan la conveniencia de unificar los apdos 1º y 3º del art. 101 TFUE<sup>582</sup>.

Sin ánimo de ofrecer una disertación acerca del art. 101.3 TFUE que a todas luces es impropio, no podemos resistirnos a apuntar, someramente, que la estructura dualista complica innecesariamente el análisis sustantivo de los acuerdos colusorios<sup>583</sup>. De hecho, consideramos que el siguiente paso lógico tras la descentralización en la aplicación del precepto desde el año 2004 es precisamente alcanzar una versión monista. De este modo, en última instancia, se podría simplificar el balance entre los efectos anticompetitivos y procompetitivos. No en vano, a veces la línea entre el examen del apdo 1º del art. 101 TFUE y el 3º de esa misma norma es muy difusa (casi caprichosa), como demuestran los casos *Gottrup-Klim*, *Wouters* y, sobre todo, *Asnef-Equifax*<sup>584</sup>.

## **2. La relación entre el efecto apreciable sobre el comercio comunitario y la restricción sensible de la competencia**

Como se sabe, en materia de defensa de la competencia conviven el Derecho supranacional de la UE y el Derecho nacional de los EEMM. El reparto de sus competencias y ámbitos de actuación depende de la envergadura de las restricciones. En concreto, únicamente se someten al Derecho de la UE las conductas de relevancia comunitaria, lo que se materializa a través de la llamada cláusula de afectación al mercado común. Por consiguiente, es este elemento el que determina la aplicación de los art. 101 y 102 TFUE. La afectación al mercado comunitario se configura así como un requisito cumulativo al de restricción de la competencia<sup>585</sup>.

La noción de efecto sobre el comercio comunitario se desarrolla en la Comunicación sobre Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio<sup>586</sup>. Este documento, que recoge la jurisprudencia comunitaria más notable sobre la materia, tiene en consideración tres elementos para aplicar el criterio del efecto sobre el comercio; a saber: 1º). El concepto de “comercio entre los EEMM”. 2º). La noción

<sup>582</sup> GYSELEN, L., “What makes an agreement...”, cit., pp. 111-135.

<sup>583</sup> Coinciden GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 119.

<sup>584</sup> SSTJUE de 15 de diciembre de 1994, *Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs* (asunto C-250/92); de 19 de febrero de 2002, *Wouters* (asunto C-309/99) y de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax* (asunto C-238/05).

<sup>585</sup> BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 660.

<sup>586</sup> (DOUE C-101, de 27 de abril de 2004).



de “puede afectar”; y, por último 3º) interesa la idea de “apreciabilidad”. De todos ellos es el último el que aquí nos interesa, pues implica que los acuerdos no quedan prohibidos cuando afectan solo al mercado entre los EEMM de una manera insignificante. Al respecto, cabría afirmar, *grosso modo*, que a mayor posición de mercado de las empresas investigadas (en términos tanto relativos como absolutos), mayor probabilidad de que la conducta pueda afectar de manera apreciable al comercio comunitario.

En particular, las Directrices optan por un criterio cuantitativo. Éste es conocido como “Regla de Ausencia de Efecto Apreciable sobre el Comercio” o, más económicamente, regla AEAC. Según esta regla, se considera que los acuerdos que respeten simultáneamente ciertas condiciones, en principio, no afectan de forma apreciable al comercio comunitario. De manera que la afectación del mercado comunitario y el carácter sensible de la restricción de la competencia, si bien son conceptos diferentes, son confundibles, dada la formulación similar de la Comunicación *de minimis* y de la regla AEAC<sup>587</sup>. No en vano, ambas responden a un criterio cuantitativo (la cuota de mercado) y suponen la inaplicabilidad del Derecho comunitario al acuerdo enjuiciado.

Pero más allá del parecido apuntado, lo cierto es que las dos nociones de afectación apreciable deben ser contempladas a la hora de encajar un supuesto de hecho en las normas *antitrust* supranacionales que conforman el Derecho de defensa de la competencia de la UE. Esto explica que se analice primero el concepto de efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario [*infra*, 2.1]. Y que seguidamente, realicemos una comparación entre éste y la noción de restricción significativa o sensible de la competencia. Esta labor permitirá poner de manifiesto tanto las similitudes como las diferencias entre ambos tipos de efectos, así como la necesidad de establecer una nítida coordinación entre ellos [*infra*, 2.2].

### 2.1. El concepto de efecto apreciable sobre el comercio comunitario

Los arts. 101 y 102 TFUE solo son aplicables a aquellos acuerdos que “puedan afectar al comercio entre los EEMM”. Así pues, al Derecho comunitario únicamente le conciernen las restricciones de la competencia que tengan una cierta dimensión en el espacio común europeo. Aquellas otras que no revisten interés comunitario le son indiferentes, si bien pueden prohibirse merced al Derecho nacional de los EEMM que integran la UE.

---

<sup>587</sup> PETIT, N., *Droit...*, cit., p. 342.

De lo anterior se desprende con cierta nitidez que el efecto sobre el comercio comunitario se erige en un criterio jurisdiccional que determina el ámbito de aplicación del Derecho *antitrust* de la UE. Su utilidad pivota en constituir un criterio de reparto de los asuntos entre las distintas autoridades y órganos jurisdiccionales que conocen de la materia *antitrust*. De hecho, también determina el ámbito de aplicación del art. 3 del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación conjunta del Derecho *antitrust* europeo y nacional.

Sin embargo, el efecto sobre el comercio es un elemento del tipo que no está asociado al concepto de restricción concurrencial<sup>588</sup>. Por este motivo, las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio señalan que en ellas no se aborda el problema de lo que constituye una restricción sensible o apreciable de la competencia, que constituye el objeto específico de la Comunicación *de minimis*<sup>589</sup>. El propósito de las referidas Directrices es muy distinto. Consiste en esclarecer hasta donde alcanza la competencia material de la autoridad y los tribunales europeos en el terreno *antitrust*.

En la dirección apuntada, las Directrices instan a los supervisores de la competencia y a los órganos jurisdiccionales de los EEMM a aplicar el Derecho nacional de la competencia y el comunitario conjuntamente a aquellos supuestos en los que se vea afectado el comercio comunitario. Incluso les permite aplicar exclusivamente el Derecho comunitario. Pero les prohíbe limitarse a aplicar el Derecho nacional de la competencia. El motivo es que el efecto sensible sobre el comercio comunitario atrae la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE. Razón por la cual el Derecho nacional queda relegado a los casos en los que no se puede aplicar el Derecho *antitrust* europeo, precisamente por no verse afectado el comercio comunitario.

En rigor, por tanto, el criterio del efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE a aquellas prácticas que pueden producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la comunidad<sup>590</sup>. Pero, sin embargo, *la ausencia de ese efecto no implica que no exista una restricción de la competencia*. Un acuerdo que presenta un mero efecto estatal puede ser un ilícito *antitrust*, aunque no interese al legislador comunitario. Es claro, por tanto, que las conductas con incidencia circunscrita a algunos de los EEMM de la UE son ilegales siempre que encajen en una prohibición estatal.

---

<sup>588</sup> VEROUDEN, V., “Vertical agreements...”, cit., p. 550 y BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución...*, cit., p. 660. De hecho, según afirma este último autor da la impresión de que el efecto sobre el comercio comunitario se trata de un elemento cuya valoración debiera tener lugar *antes* de la existencia de una restricción concurrencial y con independencia de ello.

<sup>589</sup> DOUE C-101, de 27 de abril de 2004, apdo 4º.

<sup>590</sup> *Ibidem*, apdo 13º.

Así se explica que la regla AEAC responda en la UE a la máxima “*status effectus praetor non curat*” (el pretor no se ocupa de asuntos nacionales) y no al principio “*status effectus lex non curat*” (la ley no se ocupa de asuntos nacionales). Ello obedece a que el legislador comunitario ha decidido no perseguir las conductas que tengan solo efectos en alguno de los EEMM de la UE. Pero no porque sean comportamientos lícitos, sino por entender que de ellos se deben ocupar en sede nacional, por ser ese el ámbito en el que se surten sus efectos dañinos para el orden concurrencial.

Por otro lado, según las Directrices y la jurisprudencia del TJUE, este efecto sobre el comercio comunitario ha de ser, además, apreciable. De ahí que los arts. 101 y 102 TFUE no resulten aplicables cuando los acuerdos y prácticas, pese a afectar al mercado entre los EEMM, lo hacen de forma insignificante, considerada la débil posición de las empresas implicadas<sup>591</sup>. Con la finalidad de evaluar esta apreciabilidad, se han de contemplar los pormenores de cada caso. En concreto, se ha de tener en cuenta la naturaleza del acuerdo o práctica y de los productos de que se trate, así como la posición en el mercado de los operadores afectados. Por ello se considera que el volumen de negocios y la cuota de mercado de las empresas ofrecen una fidedigna orientación de la capacidad de una práctica para afectar al comercio comunitario, como refleja la regla AEAC.

En efecto, la CE, considerando que es posible establecer cuándo probablemente el comercio entre EEMM se ve afectado tan solo de forma inapreciable, presume *iuris tantum* que hay ausencia de efecto apreciable sobre el comercio comunitario cuando se respetan simultáneamente dos condiciones: a) una cuota conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia inferior al 5%; y b) un volumen de negocios total anual en la UE de las empresas interesadas o del proveedor de los productos inferior a 40 millones de euros.

Esta presunción negativa, además, resulta aplicable a todos los acuerdos, con independencia de la naturaleza de las restricciones que contengan, lo que incluye aquellas restricciones consideradas especialmente graves en los REC o las restricciones por el objeto. No obstante, de ningún modo implica que los acuerdos y las prácticas que no se adecuen a los criterios señalados afecten de forma apreciable al comercio entre los EEMM. Siempre es necesario atender a cada caso particular.

Además, la referida presunción negativa se acompaña de otra positiva, también rebatible. Merced a ella, la CE estima que una práctica que pueda afectar al comercio comunitario tiene efectos apreciables sobre el comercio cuando el volumen de

---

<sup>591</sup> *Ibidem*, apdo. 44º, citando la STJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69).

negocios de las partes en los productos cubiertos por el acuerdo sea superior a 40 millones de euros o cuando la cuota de mercado de las partes supere el umbral del 5 %.

## 2.2. *La regla de la ausencia del efecto apreciable sobre el comercio comunitario y la restricción sensible de la competencia*

Recordemos que las tres primeras Comunicaciones en materia de acuerdos de menor importancia, que aludían conjuntamente al efecto sensible sobre la competencia y al efecto apreciable sobre el comercio entre EEMM, adoptaron un criterio cuantitativo dual, materializado, por un lado, en el volumen de negocio y, por otro, en la cuota de mercado<sup>592</sup>. Más tarde, sin embargo, la COM97 sustituyó esa dualidad por un criterio cuantitativo único a la par que estableció un nuevo rol para la PYME<sup>593</sup>. Finalmente, la COM01 y las Directrices relativas al efecto sobre el comercio comunitario, disiparon cualquier duda sobre si el carácter apreciable en ambos tipos de efectos es distinto o no<sup>594</sup>. Este breve recorrido histórico pone de relieve la confusión existente entre los dos exámenes de la sensibilidad o apreciabilidad a los que nos referimos (sobre la competencia, por un lado, y sobre el comercio comunitario, por otro).

En efecto, el criterio cuantitativo dual de las primeras Comunicaciones sobre la menor importancia que aludía al volumen de negocio y a la cuota de mercado se sustituye por un único criterio consistente en la cuota de mercado. El criterio dual, pese a ello, no se abandona del todo. En realidad, se traslada a la noción de efecto sobre el comercio y se aleja de la noción de restricción de la competencia. Prueba de esto es que constituye el método seguido por la regla AEAC en las Directrices de 2004.

Por otro lado, en la COM97 se indicó que los acuerdos celebrados entre PYMES difícilmente afectan al mercado, incluso superando los umbrales mínimos fijados por dicha Comunicación, por carecer de interés comunitario suficiente para justificar la intromisión de las autoridades comunitarias. De modo que, como apuntó la doctrina científica, se produce la siguiente paradoja: A pesar de que la nueva Comunicación *de minimis* había suprimido el volumen de negocio de las empresas participantes como criterio cuantitativo, se introducía la expresa referencia a una categoría empresarial (la PYME) que, por definición, se basa exclusivamente en la dimensión económica de la empresa<sup>595</sup>. En nuestra opinión, lo que verdaderamente

<sup>592</sup> COM70, COM77 y COM86.

<sup>593</sup> COM97.

<sup>594</sup> Según VEROUDEN, V., “Vertical agreements...”, cit., p. 550 esto permitió a la CE encontrar en la doctrina *de minimis* un criterio sustantivo y no solamente jurisdiccional, al disociar el efecto apreciable en la restricción y en el comercio comunitario.

<sup>595</sup> BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., p. 49.

ocurrió es que la CE, al hacer referencia en este texto a las PYMES, estaba pensando en la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio, no en delimitar la noción de restricción sensible o significativa de la competencia.

La COM 01 confirma el cambio sustantivo señalado. No en vano, ésta aclara que tanto el efecto sobre la competencia como el efecto sobre el comercio comunitario han de ser sensibles o significativos, pero que, en todo caso, la Comunicación *de minimis* se ocupa de lo primero, no de lo segundo<sup>596</sup>. Por tanto, una cosa es la ausencia de efecto sensible sobre la competencia y otra bien distinta que el impacto sobre el comercio intracomunitario sea significativo. Esto, que hoy resulta evidente, era más ambiguo en anteriores versiones de la Comunicación *de minimis*<sup>597</sup>. El motivo principal es que en ellas se hacía referencia al efecto apreciable en la restricción de la competencia y en el comercio entre los EEMM de forma indistinta, sin establecer diferencias entre uno y otro.

En última instancia, lo expuesto tiene su origen en el asunto *Völk*. No en vano, en aquel el TJUE alude tanto a la competencia como al efecto sobre el comercio para decir que quedan fuera del art. 101 TFUE aquellos acuerdos cuyos participantes tengan una escasa posición en el mercado. Consideramos, sin embargo, que en realidad en ese momento se estaba pensando más en el efecto sobre el comercio que en si la conducta enjuiciada restringía la competencia o no de forma significativa, tal como se deduce de las conclusiones del Abogado General en el caso y de la jurisprudencia posterior<sup>598</sup>. De hecho, las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio apoyan esta teoría, pues en ellas se cita esta sentencia al hablar de la apreciabilidad<sup>599</sup>.

Cierto es, empero, que la COM01 no determinó cuándo había un efecto sensible sobre el comercio comunitario. No obstante, aportó cierta claridad al conectar el impacto apreciable con las PYMES. Y es que, gracias a esta asociación, se hace posible deducir que el criterio cuantitativo referido al volumen de negocio de las empresas, tal como figuraba en las primeras Comunicaciones *de minimis*, no aludía a la sensibilidad de la restricción de la competencia, sino al efecto apreciable sobre el comercio entre los EEMM.

Igual ocurrió con la referencia a las PYMES de la COM97, la cual debe concebirse como un precedente de las Directrices relativas a la determinación del impacto apreciable sobre el comercio comunitario. De modo que la incertidumbre generada en 1997 acerca de si un acuerdo entre PYMES quedaría sujeto o no a los supuestos de las cláusulas negras de la Comunicación quedaba salvada. La realización

<sup>596</sup> COM01, apdos. 1º-3º.

<sup>597</sup> PEEPERKORN, L., "New notice...", cit., p. 45.

<sup>598</sup> Conclusiones del Abogado General GAND, de 3 de junio de 1969, asunto *Volk* (C-5/ 69) y STJUE de 6 de mayo de 1971, *SA Cadillon* (asunto C-1/71).

<sup>599</sup> DOUE C-101, de 27 de abril de 2004, nota 29º.

de una conducta del apdo 11º informaba sobre si se había producido presumiblemente un efecto sensible sobre la competencia, pero no prejuzgaba el efecto sobre el comercio entre los EEMM. Para aplicar el art. 101 TFUE seguía siendo necesario examinar el efecto sobre el comercio comunitario, que desde 2001 se encontraba pertinentemente separado del efecto sobre la competencia. Las directrices relativas al efecto sobre el comercio de 2004 y la COM14 así lo han venido confirmado<sup>600</sup>.

La conclusión alcanzada no es otra que constatar cómo la alusión conjunta a ambos efectos (sobre el comercio y sobre la competencia) de los primeros años generó una confusión que hoy todavía perdura. Recurriendo a un símil bastante gráfico, podríamos afirmar metafóricamente que “el parto” de la doctrina jurisprudencial dictada en el asunto *Völk* trajo mellizos. Durante los primeros años, el parecido era tan extremo que era imposible diferenciarlos. Sin embargo, como se trataba de mellizos y no de gemelos, el tiempo ha puesto de manifiesto diferencias entre ellos. Aunque no puede negarse su origen común, las nociones de restricción sensible de la competencia y de efecto apreciable sobre el comercio son distintas<sup>601</sup>. Empero, ambas mantienen una estrecha relación, como cabe esperar de dos sujetos que han compartido el mismo vientre materno<sup>602</sup>.

- a) Las similitudes entre la regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio y la doctrina *de minimis*

El carácter sensible de la restricción de la competencia y la regla AEAC comparten, principalmente, dos rasgos: 1º) por un lado, ambas son nociones cuya ausencia en el caso concreto determina la inaplicación del art. 101 TFUE, es decir, que la conducta concurrencial no merezca la consideración de infracción *antitrust* en sede comunitaria, y 2º), por otro lado, tanto una como otra se sirven del criterio de la cuota de mercado para dotarse de contenido.

1º) En relación con el primero de los rasgos expuestos, sabemos que tanto la restricción de la competencia como el efecto sobre el comercio comunitario son dos de los elementos del art. 101.1 TFUE. Al exigirse que uno y otro sean apreciables, no puede afirmarse que concurren realmente en el caso concreto si no lo son. De modo que la falta de cualquiera de ellos determina que la conducta no tenga encaje dentro del ilícito tipificado en el precepto comunitario (art. 101.1 TFUE), sin perjuicio de que

<sup>600</sup> El apdo 4º de la COM14 apunta que ésta no indica qué constituye un efecto sensible sobre el comercio entre EEMM. Además, ya no se alude en ella al concepto de PYME, sino que se remite a las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio.

<sup>601</sup> PETIT, N., *Droit...*, cit., p. 342.

<sup>602</sup> Comparte esta opinión BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 542.

sí pueda tenerlo dentro de un ilícito contemplado por una norma de carácter nacional. Por tanto, en el ámbito del Derecho de la UE su consecuencia fundamental es idéntica.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en sede nacional. Cuando una conducta no puede afectar de forma apreciable al comercio comunitario, nada impide que quede prohibida en alguno de los EEMM de la UE si restringe la competencia en el mercado de dicho Estado. Esto es así porque al legislador comunitario no le interesan aquellos acuerdos que en nada afectan al Mercado Único. En el caso bien distinto de que la práctica carezca de entidad suficiente como para dañar o poner en peligro la competencia efectiva, dicha conducta no podrá prohibirse ni en el ámbito comunitario ni en el estatal. Le faltaría la lesión (real o potencial) al bien jurídico protegido por la norma *antitrust*. Esto, lejos de ser un criterio de reparto competencial entre instancias nacionales y supranacionales, *es un presupuesto lógico de cualquier manifestación del ius puniendi*.

2º) En lo que respecta al segundo rasgo antes referido, para definir el carácter apreciable tanto de la restricción de la competencia como del efecto comunitario, se ha venido recurriendo por la CE a las cuotas de mercado. Esto no es de extrañar, ya que en última instancia cuando se dice que algo es apreciable nos referimos a que es lo suficientemente notable como para tener un efecto importante<sup>603</sup>. Se explica así que el criterio más elemental para examinar esa trascendencia del comportamiento sea la posición de las empresas en el mercado relevante. No obstante, mientras la Comunicación *de minimis* establece cuotas de mercado del 15% para los acuerdos verticales y del 10% para los acuerdos horizontales, la regla AEAC utiliza como criterio una cuota del 5%.

Por consiguiente, se constata con facilidad que el porcentaje es significativamente inferior en el caso del efecto sobre el comercio. Esto es debido a que la CE no está dispuesta a renunciar a su competencia en demasiados supuestos. Y, sobre todo, obedece a que del criterio cuantitativo que define el carácter apreciable sobre el comercio comunitario no está excluido ningún tipo de práctica colusoria, ni siquiera las restricciones por el objeto. En cambio, dichas restricciones sí quedan fuera de los umbrales de la comunicación *de minimis*. En todo caso, debemos recordar que, para determinar el carácter apreciable tanto en la restricción de la competencia como en el efecto sobre el comercio, el TJUE ha tenido en cuenta *otros criterios* más allá de las cuotas de mercado<sup>604</sup>.

---

<sup>603</sup> *Oxford english dictionary*.

<sup>604</sup> *Supra*, III, 1.2.

- b) Las diferencias entre la regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio y la doctrina *de minimis*

La doctrina *de minimis* y la regla AEAC se diferencian básicamente entre sí en los tres extremos siguientes:

1º) El efecto apreciable sobre el comercio es un criterio jurisprudencial que determina la competencia o ámbito de aplicación del Derecho *antitrust* comunitario. En cambio, la restricción sensible o significativa de la competencia constituye un presupuesto del tipo de la norma prohibitiva *antitrust*, ya sea ésta estatal o comunitaria.

2º) En consonancia con lo anterior, una conducta que restringe la competencia de forma significativa pero que no afecta de forma apreciable al comercio comunitario, es una conducta típica pero no punible por la autoridad *antitrust* europea (*status effectus praetor non curat*). Sin embargo, una conducta que no restrinja la competencia de forma significativa, aunque afecte de forma apreciable al comercio comunitario, ni siquiera es una conducta típica, por no quedar afectado el bien jurídico protegido por la norma *antitrust* de una manera que justifique la intervención de los poderes públicos.

3º) Los criterios cuantitativos que definen la ausencia del efecto apreciable sobre el comercio comunitario son de aplicación a cualquier tipo de restricción, al contrario que los umbrales de la Comunicación *de minimis*, que están circunscritos a las restricciones por su efecto<sup>605</sup>.

Efectivamente, la regla AEAC atiende a la máxima "*status effectus praetor non curat*", al servir de criterio jurisprudencial para que la autoridad y el juzgador europeo se centren solo en aquellos casos que revisten interés comunitario. De modo que el hecho de que una conducta colusoria no tenga efectos apreciables en la UE sino tan sólo en un alguno de sus EEMM, no desvirtúa su naturaleza. Una restricción por el objeto, por ejemplo, es un ilícito *antitrust* tanto si tiene efectos supranacionales como si no. Lo que ocurre es que la CE deja que sean las ANC donde se sufren sus efectos las que actúen en dicho caso, prohibiendo y sancionando la conducta.

En contraposición, como bien sabemos, el carácter sensible de la restricción de la competencia atiende a la máxima "*de minimis lex non curat*", y no al apotegma "*de minimis praetor non curat*"<sup>606</sup>. Esto se debe a que la significancia de la restricción

<sup>605</sup> Lo que resulta conflictivo según RITTER, L y BRAUN, D., *European competition Law...*, cit., p. 58.

<sup>606</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., "La problemática *antitrust*...", cit., pp. 688-691; ÍDEM., "La regla *de minimis*...", cit., pp. 5-22; VALLINA HOSET, R., "¿*De minimis*...", cit., pp. 47-61 y BERENGUER FUSTER, L y GINER PARREÑO, C.A., "Comentarios críticos...", cit., pp. 23-24.



concurrential forma parte del tipo y, en consecuencia, no constituye simplemente un criterio útil para que la CE y las ANC prioricen unos casos respecto de otros. En rigor, la restricción de la competencia o es sensible o no es una auténtica restricción de la competencia. De ahí que la doctrina *de minimis* sea un criterio sustantivo que refleja un cierto razonamiento económico, y no meramente un criterio jurisdiccional<sup>607</sup>.

Hechas las aclaraciones precedentes, interesa dejar constancia de que en un primer momento un importante sector doctrinal tuvo reparos en concebir la doctrina *de minimis* como un criterio sustantivo ligado al concepto de restricción de la competencia<sup>608</sup>. En su opinión, se trataba, en cambio, de un criterio jurisdiccional de reparto de asuntos entre los EE.MM y la UE. Sin embargo, como ha señalado acertadamente otra parte de la doctrina científica, la disociación de la apreciability en el efecto sobre el comercio y en la restricción de la competencia implica superar esa interpretación y conduce a concluir que el carácter apreciable de la restricción es un auténtico criterio sustantivo<sup>609</sup>.

Por otro lado, ya hemos apuntado que la relación entre la restricción por el objeto y la doctrina *de minimis* es compleja. Tan es así, que a continuación dedicamos un epígrafe completo a esta cuestión. Sin embargo, en la regla AEAC no tiene ninguna incidencia la dicotomía entre restricción por el objeto o por el efecto. Sea el tipo de restricción que sea, solo interesará a la CE si afecta al comercio entre los EEMM, poniendo con ello en peligro el relevante objetivo del Mercado Único.

La relación de parentesco existente entre uno y otro efecto apreciable (sobre el comercio comunitario y sobre la competencia) podría explicarse del modo siguiente:

1º.- Lo primero que se ha de analizar es si el acuerdo afecta de forma apreciable al comercio comunitario. Para ello, contamos con la presunción *iuris tantum* de la cuota de mercado del 5% y el volumen de negocios de 40 millones de euros que establecen las Directrices más arriba analizadas. El examen, por tanto, es relativamente sencillo y se aplica, además, a cualquier tipo de restricción concurrential.

2º.- Si tras el anterior análisis concluimos que el comercio comunitario no se ve afectado de forma sensible o apreciable, descartamos la aplicación del art. 101 TFUE y tendremos que dilucidar, ya en sede nacional, si el acuerdo afecta o no a la competencia funcional de forma significativa. Para este análisis, las ANC cuentan con la Comunicación *de minimis* como guía y con la jurisprudencia del TJUE como obligada referencia.

<sup>607</sup> VEROUDEN, V., “Vertical agreements...”, cit., p. 548.

<sup>608</sup> Por todos, HAWK, B., “System failure: Vertical restraints and EC competition law”, *CMLRev*, núm. 32, 1995, p. 980 y FASQUELLE, D., *Droit américain...*, cit., pp. 112-113.

<sup>609</sup> VEROUDEN, V., “Vertical agreements...”, cit., p. 548.

3°.- Por el contrario, si, después de un primer análisis consideramos que el acuerdo afecta al comercio comunitario de forma apreciable, las autoridades comunitarias son competentes para conocer del asunto, y por consiguiente, deben estudiar si la restricción para el sistema de competencia funcional en sede comunitaria es sensible o significativa. Para ello disponen de todo el elenco de criterios cuantitativos y cualitativos utilizados por el TJUE, así como de los fijados en la Comunicación *de minimis*, vinculante para la CE<sup>610</sup>.

4°.- Cuando resulte que tanto el efecto sobre el comercio como sobre la competencia son apreciables, se aplicará el art. 101 TFUE y la conducta quedará prohibida. Por el contrario, cuando el efecto sobre la competencia no revista carácter apreciable en la UE, habrá de analizarse si en el ámbito nacional la conclusión puede ser diferente. De modo que, en este sentido, no parece erróneo afirmar que la doctrina *de minimis*, junto al efecto sobre el comercio comunitario, juega también un cierto papel jurisdiccional de reparto de asuntos entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional<sup>611</sup>.

El siguiente ejemplo puede ayudar a comprender la conclusión alcanzada: Imaginemos que la mayoría de pequeñas tiendas de recuerdos de una zona turística de algún EEMM de la UE se ponen de acuerdo para pactar precios. Es obvio que dicha conducta encaja, a priori, en el concepto de acuerdo colusorio. Como la fijación de precios es una práctica comúnmente reputada como “restricción por su objeto”, el análisis del carácter sensible de la restricción de la competencia es complejo. En todo caso, interesa insistir en que en este supuesto imaginario al que nos referimos los efectos no tienen gran trascendencia en el Mercado único. Tan solo se circunscriben a una determinada zona turística de uno de los EEMM de la UE. Por ello, debemos concluir que esta conducta colusoria no afecta de forma apreciable al comercio comunitario. Razón por la cual no se aplica el art. 101 TFUE, al faltar uno de los requisitos que determinan su activación. El asunto no interesaría ni a la CE ni, en su caso, al TJUE, independientemente de sus efectos para la competencia efectiva. En este supuesto el carácter significativo de la restricción se debería estudiar en sede nacional, donde la regla AEAC no tiene cabida y únicamente puede hacerse uso de la doctrina *de minimis*.

<sup>610</sup> También contamos con la experiencia comparada de otros ordenamientos cercanos, como el suizo. *Vid.*, DIEBOLD, N y SCHÄKE, C., “*De minimis* Exceptions...”, cit., pp. 108-120.

<sup>611</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P y GOVAERE, I., “*De minimis* rule...”, cit., p. 2.

### 3. La relación entre la noción de restricción de la competencia por el objeto y acuerdo *de minimis*

La noción de restricción de la competencia por el objeto es tan antigua como la propia tipificación de las conductas colusorias en sede comunitaria. Presente ya en el Tratado de Roma, ha permanecido hasta hoy en el art. 101.1 TFUE. Sin embargo, la frontera entre dicho concepto y el de restricción de la competencia por sus efectos es todavía una cuestión controvertida<sup>612</sup>.

En rigor, se trata de acuerdos que por su propia naturaleza presentan un grado suficiente de lesividad para el bien jurídico protegido por la norma *antitrust*. No obstante, este criterio delimitador se ha reconocido insuficiente para definir el objeto restrictivo de la competencia. De ahí que no sea posible encontrar una enumeración *definitiva* de estos acuerdos, aunque a menudo se confundan con otras figuras afines como las *hardcore restrictions*<sup>613</sup>.

Por otro lado, cabe recordar que el análisis derivado de la aplicación del art. 101.1 TFUE no puede ser meramente abstracto, sino que ha de atender al contexto jurídico y económico del acuerdo en cuestión<sup>614</sup>. Esto, en todo caso, sin llegar a realizar un examen de los efectos anticompetitivos, pues de lo contrario la dicotomía entre restricción por el objeto y por sus efectos del art. 101.1 TFUE carecería de sentido<sup>615</sup>.

<sup>612</sup> Entre otros, BRUZZONE, G y CAPOZZI, S., “Restrictions by object...”, cit., p. 217; LOOZEN, E., “The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all (*T-Mobile Netherlands*)”, *ECLR*, Vol. 31, núm. 4, 2010, p. 148; GRAHAM, C., “Methods for determining whether an agreement restricts competition: comment on *Allianz Hungaria*”, *ELRev*, núm. 38, 2013, pp. 542-543; ALVIN SNG, Y., “The distinction between “object” and “effect” in EU competition law and concerns after *Groupement des Cartes bancaires*”, *ECLR*, Vol. 37, núm. 5, 2016, p. 180; PETIT, N., *Droit...*, cit., p. 303 y LÖWHAGEN, F., “Descifrando el artículo 101 del TFUE”, *Almacén de Derecho*, 4 de diciembre, 2019. Disponible en [almacendederecho.org](http://almacendederecho.org) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021).

<sup>613</sup> VOLLERING, S., “When a hardcore restrictions is not an object restrictions”, *ECLR*, Vol. 39, núm. 2, 2018, pp. 66-69; WAHLIN, M.C., “Post-cartes bancaires: restrictions by object and the concept of vertical hardcore restrictions”, *CLJ*, núm. 14, 2014, pp. 329-343; JONES, A., “The journey toward an effects-based approach under art 101 TFEU. The case of the hardcore restrictions”, *Antitrust Bull*, Vol. 55, núm. 4, 2010, pp. 783-818 y COSTAS COMESAÑA, J., “El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores”, *ADI*, t. XXX (2009-2010), 2010, pp. 167-182.

<sup>614</sup> SSTJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo Cosmetique* (C-439/ 09) y de 28 de abril de 1998, *Javico International v. Yves Saint Laurent* (C-306/ 96). En esta dirección, IBAÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II): the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object”, *Chillingcompetition.com*, 30 de mayo, 2019. Disponible en [chillingcompetition.com](http://chillingcompetition.com) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021) e ÍDEM., “Persistent myths in competition law (III): the object box”, *Chilling competition*, 15 de julio, 2019. Disponible en [chillingcompetition.com](http://chillingcompetition.com) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021).

<sup>615</sup> GRAHAM, C., “Methods...”, cit., p. 543 y Conclusiones del Abogado General WAHL, de 27 de marzo de 2014, asunto *Cartes Bancaires* (C-67/ 13), apdos. 40 y 148.

La falta de claridad en torno al concepto de restricción por el objeto queda corroborada por la existencia de tres propuestas o aproximaciones distintas al mismo: la tradicional, la funcional e, incluso, una última a la que podría denominársele mixta.

Por otra parte, a lo largo de este trabajo hemos puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones que ofrecer una definición del carácter significativo, sensible o apreciable de una práctica concurrencial no es una tarea baladí. Antes bien, se trata de una labor compleja en la que han de utilizarse múltiples criterios, en el sentido indicado en páginas precedentes.

Por consiguiente, no es de extrañar que la conexión entre ambas nociones sea una cuestión compleja<sup>616</sup>. La incertidumbre en torno a las restricciones por su objeto y a su relación con el carácter apreciable de la restricción de la competencia resulta lógica. Ciertamente es que en la sentencia del caso *Expedia* se considera que un acuerdo que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia. Pero surgen con ello dos interrogantes a los que hemos de prestar atención: 1º) ¿qué es, en realidad, una restricción de la competencia por su objeto? [*infra*, 3.1]; y 2º) ¿qué quiso decir el TJUE cuando sostuvo que un acuerdo que tiene un objeto contrario a la competencia es una restricción sensible de la misma? [*infra*, 3.2].

Antes de entrar en ambas cuestiones, conviene adelantar, en relación con la primera de ellas, que, a nuestro juicio, una noción bastante acertada de restricción por el objeto es la ofrecida por el Abogado General BOBEK en las conclusiones del asunto *Budapest Bank*<sup>617</sup>. No en vano, en ellas logra sintetizar y armonizar satisfactoriamente los pronunciamientos dispares del TJUE<sup>618</sup>. Para ello, abraza una posición mixta, al considerar desfasadas tanto la aproximación ortodoxa como la funcional “pura”.

En lo que respecta al segundo interrogante, si bien se identifican hasta tres interpretaciones diferentes de la relación existente entre las restricciones de la competencia por el objeto y los acuerdos *de minimis*, nos parece más acertada aquella que opta por concebir la sensibilidad de la restricción de la competencia como parte del contexto jurídico y económico. La preferencia por esta interpretación se explica

<sup>616</sup> En opinión de BERGQVIST, C., “What does an appreciable..., cit., pp. 501-504, lo cierto es que la distinción entre restricción por el objeto y por el efecto ha recibido mucha más atención que el carácter apreciable de la restricción, criterio que, de aplicación tanto a una modalidad de restricción como a otra, resulta más útil en el examen del art. 101.1 TFUE que las nociones de restricción por el objeto y por los efectos.

<sup>617</sup> Conclusiones del Abogado General BOBEK, de 5 de septiembre de 2019, asunto *Budapest Bank* (C-228/18).

<sup>618</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “AG Bobek in Case C-228/17, *Budapest Bank* (or the art of consolidating and clarifying the case law on restrictions by object)”, *Chilling competition*, 5 de septiembre, 2019. Disponible en [chillingcompetition.com](http://chillingcompetition.com) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021).

por mostrarse respetuosa con el concepto de restricción por el objeto y con la doctrina *de minimis*. Ello, además, sin soslayar ninguno de los diversos pronunciamientos del TJUE en la materia.

### 3.1. ¿Qué es una restricción por el objeto?

Como hemos adelantado, realmente no existe un concepto pacífico de restricción por el objeto. De hecho, al analizar esta cuestión, el jurista se enfrenta a una amalgama de pronunciamientos del TJUE que ha de interpretar de forma conjunta y, en la medida de lo posible, armónica. En concreto, cabe hablar de un conjunto de resoluciones de las que se infiere una noción clásica del asunto. Pero, junto a ellas, también se encuentran otras decisiones judiciales más casuísticas que se separan con contundencia de consideraciones puramente abstractas.

A nuestro juicio, la única manera de ser respetuoso con unos y otros pronunciamientos es mediante la defensa de una concepción mixta que, pese a tomar en consideración los postulados más clásicos y arraigados, sea favorable a aceptar un enfoque más económico del asunto. A continuación, exponemos las tres teorías o aproximaciones existentes acerca del concepto de restricción por el objeto: en primer lugar, la ortodoxa [*infra*, a]; en segundo lugar, la funcional [*infra*, b]; y, por último, la mixta o híbrida que, como acabamos de indicar, es la que más llega a convencernos [*infra*, c].

#### a) La aproximación ortodoxa: La “object box”

La representación de la restricción por el objeto como un comportamiento acoplado en una caja que reúne toda restricción de este tipo es bastante popular<sup>619</sup>. Ésta presupone la existencia de una lista imprecisa de acuerdos especialmente graves que por su propia naturaleza son considerados restricciones de la competencia por su objeto<sup>620</sup>. En este elenco indefinido encontramos, sobre todo, restricciones obvias, como las enumeradas en el propio art. 101.1 TFUE, pero también *hardcore restrictions* de las recogidas en los REC o en las Comunicaciones y guías de la CE<sup>621</sup>.

Desde esta perspectiva, la diferencia entre restricción de la competencia por el objeto y por sus efectos se encuentra en la propia naturaleza perjudicial de la conducta<sup>622</sup>. Es, en cierta manera, una categorización sustentada en el instinto, el cual nos dice que algunas restricciones deben ser más graves que otras y que, por esta

<sup>619</sup> WHISH, R y BAILEY, D., *Competition Law*, 9<sup>th</sup> ed, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 122.

<sup>620</sup> KING, S., “The object box: Law, policy or myth”, *ECJ*, Vol. 7, núm. 2, 2011, p. 272.

<sup>621</sup> *Ibidem*, pág. 274.

<sup>622</sup> STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef Industry Development Society y Barry Brothers (C-209/07)*, apdos. 15º y 17º.

razón, en las más graves ha de presumirse la ilegalidad<sup>623</sup>. Presunción, además, que en la versión ortodoxa pura es irrefutable<sup>624</sup>.

Cierto es, sin embargo, que no falta quien ha señalado que, desde un prisma económico, todas las restricciones de la competencia causan el mismo daño, en la medida en que desembocan en unos mayores precios y/o una menor producción. Razón por la cual, desde esta perspectiva, se defiende la imposibilidad de considerar que unas son más peligrosas que otras por su propia naturaleza sin incurrir en cierta arbitrariedad<sup>625</sup>.

Por otra parte, hay quienes, conocedores de la dificultad de emplear como estándar definitorio único la propia naturaleza de la restricción, han defendido que aquellas restricciones no obvias de la competencia deben beneficiarse de la duda, en lugar de presumirse que constituyen una restricción por el objeto<sup>626</sup>. De ahí que, en opinión de esta doctrina, solo es sancionable como restricción por el objeto aquello que resulta obvio.

Esta idea de la obviedad como parámetro definitorio de la restricción por el objeto ha sido formulada, de hecho, por el propio TJUE en el caso *European Night Services*, donde el órgano jurisdiccional advierte que la categoría del objeto alude a restricciones obvias de la competencia<sup>627</sup>. No obstante, este criterio se hace acreedor de la misma crítica que la propia naturaleza de la restricción, al no constituir un indicador sustantivo por sí solo. Antes bien, se hace necesario concretar en qué casos una restricción de la competencia resulta obvia<sup>628</sup>.

Por otro lado, es sabido que las *hardcore restrictions* aluden a una lista negra de cláusulas contractuales que impiden beneficiarse de las exenciones previstas en los REC a los acuerdos que las contiene<sup>629</sup>. Por consiguiente, restricción por el objeto y *hardcore restriction* son dos conceptos distintos. Puede darse el caso de que coincidan, pero la clasificación de una cláusula como *hardcore* por sí sola no alivia la carga de la prueba para la CE<sup>630</sup>. A favor de esta idea cabe mencionar el TJUE, que ha declarado

<sup>623</sup> BRANKIN, S. P., “The substantive standard behind the object/effect distinction post-*Cartes Bancaires*”, *ECLR*, Vol. 37, núm. 9, 2016, pp. 379-380. Lo que para NAGY, C.I., “The new concept of anticompetitive object: a loose cannon in EU competition Law”, *ECLR*, Vol. 36, núm. 4, 2015, pp. 154-155 convierte al concepto en una artillería desbocada.

<sup>624</sup> KING, S., “The object box...”, cit., p. 294.

<sup>625</sup> BRANKIN, S. P., “The substantive standard...”, cit., p. 379.

<sup>626</sup> ALVIN SNG, Y., “The distinction...”, cit., p.182 y RITTER, L; BRAUN, D y RAWLINSON, F., *European competition Law...*, cit., p. 71.

<sup>627</sup> STJUE de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (T-374 y 375/94).

<sup>628</sup> BRANKIN, S. P., “The substantive standard...”, cit., pp. 380-381.

<sup>629</sup> VOLLERING, S., “When a hardcore...”, cit., pp. 66-67.

<sup>630</sup> *Ibidem*, págs. 66-69. También mantiene que equiparar *hardcore restrictions* y restricciones por el objeto es una cuestión polémica COSTAS COMESAÑA. J., “El concepto de restricciones...”, cit., pp. 170 y ss. No

(a nuestro juicio, acertadamente) que la clasificación de una cláusula como *hardcore* carece, por sí misma, de significado en el enjuiciamiento del art. 101.1 TFUE<sup>631</sup>.

Al margen de todo lo anterior, lo cierto es que esta representación ortodoxa de la restricción por el objeto ha sido acogida con claridad por la CE en sus Comunicaciones, Guías y REC. En concreto, la CE ha recurrido a la incorporación de listas negras para fijar su política de competencia, intentando a su vez que éstas sean equiparadas a las restricciones por el objeto<sup>632</sup>. De hecho, no ha distinguido nítidamente la jurisprudencia del TJUE y su *modus operandi*, contribuyendo así a una mayor confusión acerca de la interpretación legal de los términos restricción por el objeto<sup>633</sup>.

Particularmente, el empleo por parte de la CE de esta aproximación ha supuesto, en algunos casos, que acuerdos cuya nocividad no es del todo obvia sean catalogados como restricciones por el objeto<sup>634</sup>. Y si bien estas guías no prejuzgan lo que al respecto pueda decir el TJUE, las detalladas orientaciones que en ellas fija una autoridad de confianza, en combinación con la probabilidad de que las autoridades nacionales las sigan, hacen de ellas un auténtico manual para los prácticos del Derecho<sup>635</sup>. De ahí que a menudo el debate acerca del objeto contrario a la competencia se haya centrado, indebidamente, en si tal o cual acuerdo debe formar parte de ese hipotético arcón<sup>636</sup>.

Cierto es, con todo, que este enfoque presenta algunos beneficios. En particular, merced a él las restricciones por el objeto están claras y ningún tipo de análisis de los efectos se hace necesario. Y, como es natural, esto se traduce en seguridad jurídica para las empresas, facilidad de prueba para las administraciones públicas y una mayor simplicidad en la aplicación del art. 101.1 TFUE.

---

obstante, WAHLIN, M.C., “Post-*cartes bancaires*...”, cit., pp. 341-343 afirma que no queda claro si el TJUE piensa así, o si por el contrario, va más en la línea de lo sostenido por la CE.

<sup>631</sup> SSTJUE de 28 de septiembre de 2006, *Brünsteiner and Authohaus Hilgert v. BMW* (C-376 y 377/05), de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo Cosmetique* (C-439/09) y de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios* (C-260/07).

<sup>632</sup> KING, S., “The object box...”, cit., pp. 269-270.

<sup>633</sup> Algo que ha sido criticado por VELASCO SAN PEDRO, L., “Restricción...”, cit., p. 638.

<sup>634</sup> CE., *Guidelines on verticals restrains*, 2010, apdos. 23º y 47º. Vid, IBÁÑEZ COLOMO, P., *The shaping of EU Competition Policy*, Great Britain, Cambridge University Press, pp. 141-142.

<sup>635</sup> VOLLERING, S., “When a hardcore...”, cit., p. 67.

<sup>636</sup> KING, S., “The object box...”, cit., p. 270. En relación con esta idea, MAHTANI, M., “Thinking outside the object box: An EU and UK perspective”, *ECJ*, Vol. 8, núm. 1, 2012, p. 26 defiende la necesidad de crear un concepto más sofisticado que el construido por la “*object box*”. Por ejemplo, IOANNIDOU, M y NOWAG, J., “Can two wrongs make a right? Reconsidering Minimum Resale Price Maintenance in the light of *Allianz Hungaria*”, *ECJ*, Vol. 11, núm. 2-3, 2015, pp. 346-348 se han mostrado escépticos respecto de que la fijación de un precio mínimo de reventa (*Minimum Resale Price Maintenance*) deba formar parte de esta “*object box*”. El motivo principal es que existen efectos procompetitivos asociados a esa práctica como la disuasión del *free-riding* y el fomento de la competencia intramarca.

Sin embargo, sus debilidades resultan tan evidentes como sus fortalezas<sup>637</sup>. No en vano, esta aproximación prescinde de cualquier elemento analítico o examen de los *efectos reales* del acuerdo. Consiste en un *mero juicio abstracto*, que en puridad, se aparta de la realidad y se acerca a un mundo probabilístico<sup>638</sup>. De este modo, al tratar de averiguar si una conducta encaja en la “object box” para reputarla como una restricción por el objeto, renunciamos a la riqueza de un análisis casuístico acerca de cuándo existe de verdad una restricción concurrencial, para aceptar, en cambio, un examen inflexible y abstracto, puramente teórico<sup>639</sup>.

A pesar de estos inconvenientes, el TJUE también ha manejado este enfoque en su titubeante labor de interpretación. En el asunto *Bureau National v. Guy Clair*, por ejemplo, sostuvo que no es necesario tener en cuenta los efectos reales de un acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia<sup>640</sup>. De ahí que se decidiera por considerar que un acuerdo de fijación de precios es, por su propia naturaleza, una restricción de la competencia<sup>641</sup>.

De todos modos, el caso más claro de utilización de la “object box” por parte del TJUE quizás haya sido el caso *Tréfilunion*. En él sostuvo que la fijación de precios en un *hardcore cartel* es una infracción clara de la competencia que necesariamente evitaba la aplicación de la *rule of reason*, ya que había de ser reputada como una restricción *per se* infractora de las normas de defensa de la competencia<sup>642</sup>.

La referencia impropia al Derecho *antitrust* norteamericano realizada por el TJUE en el último asunto mencionado puede llevarnos a pensar que restricción por el objeto y prohibición *per se* son conceptos prácticamente sinónimos, y que la única diferencia entre ambos estriba en la posible (pero improbable) aplicación de la excepción del art. 101.3 TFUE<sup>643</sup>. Sin embargo, este último precepto es mucho menos flexible que el art. 101.1 TFUE<sup>644</sup>. Además, como ha señalado la doctrina, en la

<sup>637</sup> Para una breve pero certera crítica a la aproximación conforme a una “object box”, *vid* IBAÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (III)...”, *cit.*

<sup>638</sup> ZELGER, B., “By object restrictions pursuant to article 101(1) TFEU: a clear matter or a mess, and a critical analysis of the court’s judgement in *Expedia*”, *ECJ*, Vol. 13, núm. 2-3, 2017, p. 373.

<sup>639</sup> KING, S., “The object box...”, *cit.*, p. 274.

<sup>640</sup> STJUE de 30 de enero de 1985, *Bureau National Interprofessional Du Cognac v. Guy Clair* (C-123/83).

<sup>641</sup> Como ha señalado IBAÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II)...”, *cit.*, esto es algo que luego se ha matizado.

<sup>642</sup> STJUE de 6 de abril de 1995, *Tréfilunion* (C-148/89). No extraña en absoluto, por tanto, que ALLAN, B., “Loyalty and fidelity rebates...”, *cit.*, p. 53 haya asegurado que la no existencia de una *per se rule* en la UE es solo una verdad teórica, pero no práctica.

<sup>643</sup> Conclusiones del Abogado General WAHL, de 27 de marzo de 2014, asunto *Cartes Bancaires* (C-67/ 13) y BONFIELD, L *et al.*, *European Business Law...*, *cit.*, pp. 450-453.

<sup>644</sup> BRUZZONE, G y CAPOZZI, S., “Restrictions by object...”, *cit.*, pp. 222-223.



práctica el Derecho estadounidense también permite justificar prohibiciones *per se* de manera similar al art. 101.3 TFUE<sup>645</sup>.

En relación con lo último indicado, huelga decir que la interpretación que los tribunales estadounidenses han hecho de la *per se rule* ha sido *más restrictiva* que la efectuada por el TJUE de los términos restricción por el objeto. De ahí que sea necesario aclarar aquellas circunstancias que la separan la restricción por el objeto de la regla *per se*, si no queremos que exista apariencia de similitud<sup>646</sup>. No en vano, incluso hoy puede concebirse la restricción por el objeto como un listado no exhaustivo que, gracias a pronunciamientos como *Expedia* o *Allianz*, permite a las ANC interpretar el concepto de forma amplísima<sup>647</sup>.

En nuestra opinión, el enfoque ortodoxo puro encuentra un obstáculo insuperable para erigirse en la propuesta interpretativa más satisfactoria de todas las posibles. Nos referimos, en concreto, a que no permite explicar las anomalías propias de los pronunciamientos en los que una restricción obvia (o *hardcore*) de la competencia (y por tanto, sita en la *object box*) no es considerada restricción por el objeto, sino restricción por el efecto o incluso acuerdo situado extramuros del ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE<sup>648</sup>. De ahí que, a nuestro parecer, esta teoría deba ser rechazada.

#### b) La concepción funcional: La “*more economic approach*”

La aproximación anterior cedió ante la paulatina consolidación de la tendencia a interpretar las normas *antitrust* desde un prisma más económico. Conforme a él, se propone llevar a cabo un análisis más casuístico de las conductas *antitrust* y, por consiguiente, más respetuoso con las peculiaridades de cada caso objeto de análisis<sup>649</sup>.

El primer precedente en el cual el TJUE se valió de este enfoque más dinámico (o menos formalista) lo encontramos en el asunto *Société Technique Minière*<sup>650</sup>. En él,

<sup>645</sup> BRANKIN, S. P., “The substantive standard...”, cit., p. 380. El autor cita las *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* de abril del 2000.

<sup>646</sup> JONES, A., “Left behind by modernisation? Restrictions by object under article 101(1)”, *ECJ*, Vol. 6, núm. 3, 2010, p. 676.

<sup>647</sup> GRAHAM, C., “Methods...”, cit., p. 543.

<sup>648</sup> KING, S., “The object box...”, cit., p. 275 y BAILEY, D., “Restrictions of competition by object under article 101 TFEU”, *CMLRev*, núm. 49, 2012, p. 584, quien cita al efecto la STJUE de 19 de abril de 1988, *Erauw-jacquery* (C-27/87). No obstante, en honor a la verdad, hay casos en los que la CE mantiene una visión diferente, tal como señala MAHTANI, M., “Thinking outside...”, cit., p. 17, quien cita el caso *Reims II*. Sin embargo, en opinión de este autor, en todo caso, las aparentes contradicciones han de ser vistas como una purificación de la categoría del objeto entendida como la *object box* (pp. 18 y ss).

<sup>649</sup> La introducción del contexto jurídico y económico ha sido vista por MAHTANI, M., “Thinking outside...”, cit., p. 17 y JONES, A., “Left behind by...”, cit., p. 664 como un equivalente a la *quick look* norteamericana, esto es, como un análisis de los efectos simplificados en ciertos casos que no son claras restricciones por el objeto.

<sup>650</sup> STJUE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière* (C-56/65).

el TJUE defendió que la competencia debe ser entendida dentro del contexto en que se lleva a cabo el acuerdo controvertido. Este contexto, a su vez, atiende a la naturaleza y cantidad afectada de los productos cubiertos por el acuerdo, a la posición e importancia del distribuidor y productor en el mercado relevante y a la posición del acuerdo respecto de otros conexos. Además, se pone de manifiesto que examinadas las consecuencias del pacto, éstas han de justificar la conclusión de que la competencia queda restringida en una extensión suficientemente apreciable. Como es obvio, estas consideraciones resultan incompatibles con una concepción formalista de la restricción por el objeto<sup>651</sup>.

Este planteamiento, lejos de ser una excepción, ha sido bastante frecuente en el acervo comunitario. De hecho, la doctrina sostiene que cuenta con un mayor soporte jurisprudencial que la aproximación ortodoxa<sup>652</sup>. En todo caso, no cabe duda de que posee una amplia tradición<sup>653</sup>. Tan es así que resulta complicado sostener que en la actualidad está vigente un enfoque ortodoxo puro de esta cuestión.

Sin embargo, esta aproximación más económica a las conductas colusorias tampoco es fácil de aceptar sin más. Esto se debe, principalmente, a que el TJUE no desecha el enfoque abstracto. Por el contrario, a menudo sigue utilizando expresiones como “grado suficiente de lesividad” o “por su propia naturaleza” en sus pronunciamientos más casuísticos. Tal proceder, suscita una pregunta elemental: ¿el análisis del contexto se trata de una alternativa para determinar la existencia de una restricción por el objeto, o por el contrario, constituye un requisito adicional en el análisis del objeto anticompetitivo?

En el primer supuesto, esto es, que se trate de un enfoque alternativo, cabe determinar que un acuerdo es una restricción por el objeto por dos vías<sup>654</sup>: 1ª) la primera es la aproximación ortodoxa, es decir, que se considere una restricción de las que por regla general tienen efectos negativos y que por ello se presume *iure et de iure* que es una restricción por el objeto; 2ª) la segunda, consiste en una aproximación casuística, según la cual se presupone que el comportamiento no se encuentra entre

<sup>651</sup> En este sentido, se ha mantenido que la estructura del mercado, la existencia de canales de distribución alternativos y el poder de las compañías son las consideraciones necesarias para ver si un acuerdo es una restricción por el objeto. Ello apunta a una investigación económica y jurídica más amplia que la existente en la aproximación ortodoxa. Parece así existir una contradicción con uno de los mayores atractivos de la distinción entre restricción por el objeto y por los efectos, que no es otro que facilitar la tarea a la autoridad *antitrust* por no exigir un análisis profundo. (Vid GRAHAM, C., “Methods...”, cit., p. 547).

<sup>652</sup> ALVIN SNG, Y., “The distinction...”, cit., p. 180; KING, S., “The object box...”, cit., p. 294 e IBAÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II)...”, cit.

<sup>653</sup> Entre otras, SSTJUE de 1 de febrero de 1978, *Miller International* (C-19/77), apdo. 7º; de 28 de marzo de 1984, *Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink* (C-29/83 y 30/83), apdo. 26º; de 6 de abril de 2006, *General Motors* (C-551/03), apdo. 66º y de 27 de septiembre de 2006, *GlaxoSmithKline* (T-168/01).

<sup>654</sup> En esta línea se pronuncia LOOZEN, E., “The application...”, cit., pp. 148-149.

aquellos que por su propia naturaleza son negativos para la competencia, pero, sin embargo, debido a su contexto legal y económico, se considera una restricción por el objeto. Huelga decir que así entendida, la aproximación más económica amplía la “caja”, en la medida que permite que un mayor número de acuerdos tengan cabida dentro de ella<sup>655</sup>. Así se infiere, de hecho, de la STJUE en el asunto *Allianz Hungría*, dura y ampliamente criticada por la doctrina científica<sup>656</sup>.

En el segundo supuesto, esto es, cuando el contexto jurídico y económico sirve como un presupuesto adicional, para concluir que un acuerdo constituye una restricción por su objeto, se reparará igualmente en la propia naturaleza de la práctica y en su grado suficiente de lesividad<sup>657</sup>. No obstante, el hecho de pertenecer a la categoría de conductas que encajen dentro de la “*object box*” no determina que el acuerdo en particular sea categorizado como una restricción por el objeto. Tan solo implica una presunción que ha de rechazarse o confirmarse merced al examen del contexto jurídico y económico<sup>658</sup>. Con ello, el principal defecto de la aproximación ortodoxa, que es el prescindir de cualquier elemento analítico, queda superado. La “caja” que esconde las restricciones por el objeto sigue existiendo, pero reducida. Así acontece por cuanto que debe ser interpretada de forma restrictiva, en el sentido de que del análisis del contexto no se deben desprender dudas acerca del carácter de la

<sup>655</sup> Así parece deducirse de las Conclusiones del Abogado General VILLALÓN, de 25 de octubre de 2012, asunto *Allianz Hungría* (C-32/11). En contra, BRUZZONE, G y CAPOZZI, S., “Restrictions by object...”, cit., p. 224.

<sup>656</sup> STJUE de 14 de marzo de 2013, *Allianz Hungría* (asunto C-32/11). Entre los críticos podemos señalar, a PETIT, N., *Droit...*, cit., pp. 304-306; HARRISON, P., “The Court of Justice’s judgement in *Allianz Hungaria* is wrongs and needs correcting”, *CPI Antitrust Chronicle*, núm. 1, 2013, *passim*; VAN CLEYNENBREUGEL, P., “Article 101 TFEU and the EU Courts: Adapting Legal Form to the Realities of Modernization?”, *CMLRev*, núm. 1381, 2014, pp. 1409-1416; NAGY, C.I., “The new concept...”, cit., pp. 154-159; GRAHAM, C., “Methods...”, cit., p. 547; ZELGER, B., “By object restrictions...”, cit., pp. 374-375; RUPP, F y VANDENBORRE, I., “Restrictions by object or why no restriction has proven more difficult than those that are obvious”, *Global Competition Litigation Review*, Vol. 9, núm. 1, 2016, pp. 25-29; y LÖWHAGEN, F., “Descifrando el artículo...”, cit., quien afirma que la ambigüedad del razonamiento llevó a algunas autoridades nacionales de la competencia a invocar el asunto para calificar casi cualquier tipo de conducta como una restricción de la competencia por el objeto. En contra, con una opinión favorable acerca de este pronunciamiento, IOANNIDOU, M y NOWAG, J., “Can two wrongs...”, cit., *passim*.

<sup>657</sup> Entre otras, SSTJUE de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League* (C-403 y 429/ 08) y de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo Cosmetique* (C-439/ 09).

<sup>658</sup> En esta línea Conclusiones del Abogado General WAHL, de 27 de marzo de 2014, asunto *Cartes Bancaires* (C67/ 13), apdos. 44º y ss y las SSTJUE de 27 de septiembre de 2006, *GlaxoSmithKline* (T-168/01) y de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18), esta última comentada por PAZZI, M., “Budapest Bank...”, cit., pp. 231-235. Por lo que respecta a la doctrina científica, en esta dirección se muestran también KING, S., “The object box...”, cit., pp. 294-295; KOLSTAD, O., *Object contra effect in Swedish and European Competition Law*, Stockholm, Konkurrensverket, 2009, p. 5. Disponible en [www.konkurrensverket.se](http://www.konkurrensverket.se) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021) e IBÁÑEZ COLOMO, P y LAMADRID, A., “On the notion of restriction...”, cit., pp. 353-354.

restricción<sup>659</sup>. Este planteamiento ha sido el mantenido por el TJUE en los asuntos *Cartes Bancaires* y *Maxima Latvija*, ambos aplaudidos por la doctrina<sup>660</sup>.

En efecto, en *Cartes Bancaires* el TJUE asegura que para determinar el grado suficiente de lesividad debe atenderse al contenido, los objetivos y el contexto<sup>661</sup>. No obstante, el concepto de restricción por el objeto debe interpretarse de forma restrictiva. El contexto, por tanto, es un requisito más del análisis de la restricción por el objeto y no un enfoque alternativo. Así, el TJUE desplaza el núcleo de la justificación desde una calificación formal hacia una consideración más conforme con los principios del Derecho sancionador, en particular, con el principio de lesividad<sup>662</sup>.

En puridad, estos planteamientos conducen a un enfoque híbrido<sup>663</sup>. No en vano, éste es el que parece que predomina en la actualidad, como pone de manifiesto el asunto *Cartes Bancaires* y *Budapest Bank*<sup>664</sup>. Sin embargo, se observa que la incorporación de la “*more economic approach*” al art. 101.1 TFUE no solventa por sí misma la problemática que rodea a la interpretación del concepto de restricción por el objeto. Antes bien, los interrogantes persisten: ¿cómo es posible saber si una restricción forma parte de la “*object box*”?; ¿dónde acaba el examen del contexto jurídico y económico y comienza el análisis de los efectos?; ¿qué utilidad revisten entonces las listas negras elaboradas por la CE?, etc.

<sup>659</sup> Conclusiones del Abogado General VILLALÓN, de 25 de octubre de 2012, asunto *Allianz Hungría* (C-32/11), apdo. 65º.

<sup>660</sup> SSTJUE de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (asunto C-67/13) y de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija* (asunto C-345/14). Se pueden encontrar dos comentarios breves que en línea generales exponen con solvencia las implicaciones y bondades de estos pronunciamientos en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Restricciones por el objeto y restricciones por el efecto”, *Almacen de Derecho*, 15 de enero, 2016. Disponible en [almacendederecho.org](http://almacendederecho.org) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021).

<sup>661</sup> Esta sentencia ha sido comentada, entre otros, por PETIT, N., *Droit...*, cit., pp. 306-310; HARPER, P., “*Groupement des cartes bancaires* judgment: rolling back on the expansion of by object infringements”, *CLJ*, Vol. 14, núm. 4, 2014, pp. 321-328; TANNEBAUM, S., “The concept of the restriction of competition by object and article 101(1) TFUE”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 22, núm. 1, 2015, pp. 138-148; ALVIN SNG, Y., “The distinction...”, cit., pp. 179-185; BRANKIN, S. P., “The substantive standard...”, cit., pp. 376-383 y RUPP, F y VANDENBORRE, I., “Restrictions by object...”, cit., pp. 25-29.

<sup>662</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J y BAÑO FOS, J. M., “El asunto *Cartes Bancaires*”, *Almacen de Derecho*, 8 de abril, 2016. Disponible en [almacendederecho.org](http://almacendederecho.org) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021).

<sup>663</sup> Así se deduce de las conclusiones del Abogado General WAHL, de 27 de marzo de 2014, asunto *Cartes Bancaires* (C-67/13), apdo. 56º: “únicamente habrán de considerarse restrictivos de la competencia por el objeto los comportamientos cuyo carácter perjudicial, según la experiencia y el conocimiento económico, esté comprobado y sea fácilmente detectable, pero no los acuerdos que, a la vista del contexto en el que se inscriben, presenten efectos ambivalentes en el mercado o que puedan tener efectos restrictivos accesorios necesarios para lograr un objetivo principal no restrictivo de la competencia”. Por otro lado, lo cierto es que también ha puesto de manifiesto esta visión híbrida KING, S., “The object box...”, cit., p. 3.

<sup>664</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (C-67/13) y de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18). De hecho, PAZZI, M., “*Budapest Bank*...”, cit., p. 235 ha afirmado que la solución al caso *Budapest Bank* no debe resultar sorprendente si se tienen en cuenta las palabras del TJUE en *Cartes Bancaires*.

- c) La concepción híbrida: El contexto como refutación o confirmación del grado suficiente de nocividad

La sentencia del asunto *Cartes Bancaires* supuso un avance en la interpretación de la noción de restricción por el objeto del art. 101.1 TFUE<sup>665</sup>. En efecto, cabe decir que, tras dicho pronunciamiento judicial, hoy nos encontramos en una posición más ventajosa que antaño para tratar de dar respuesta a los interrogantes apuntados.

A este respecto, el Abogado General BOBEK ha aceptado el desafío conceptual que plantean las restricciones por el objeto, y en sus conclusiones en el asunto *Budapest Bank*, ha tratado de explicarnos la manera en la que ha de llevarse a cabo el examen que tiene por propósito discernir si nos encontramos ante una de estas restricciones<sup>666</sup>. En concreto, para tratar de salvar el uso conjunto de las aproximaciones ortodoxa y funcional a las que hemos aludido más arriba, BOBEK, tras revisar la jurisprudencia del TJUE sobre la materia, intenta armonizar los dispares pronunciamientos judiciales mediante el diseño de un análisis bifásico que puede describirse del modo siguiente<sup>667</sup>:

1º) En primer lugar, ha de realizarse una evaluación de carácter formal. En ella se estudia el contenido y los objetivos del acuerdo para discernir si es dañino para la competencia por su propia naturaleza o presenta un grado suficiente de lesividad para el orden concurrencial<sup>668</sup>. Este examen, además, exige que la práctica sea fácilmente catalogada como una restricción peligrosa para la competencia, así como que esta circunstancia cuente con el respaldo de una experiencia sólida y fiable<sup>669</sup>.

2º) Seguidamente, tras la primera fase, ha de iniciarse otra diferente encaminada a analizar el contexto jurídico y económico de la conducta colusoria objeto de enjuiciamiento. El acuerdo, decisión o práctica hasta este momento es solo

<sup>665</sup> Según TANNEBAUM, S., “The concept...”, cit., p. 142 esta sentencia es un “*turning point*” en la concepción de la restricción por el objeto.

<sup>666</sup> Conclusiones del Abogado General BOBEK de 5 de septiembre de 2019, asunto *Budapest Bank* (C-228/18).

<sup>667</sup> *Ibidem.* apdos. 41º, 42º, 43º y 82º. Sin embargo, cabe destacar que un planteamiento muy parecido ya fue recomendado hace 10 años por KOLSTAD, O., *Object contra effect...*, cit., p. 56; LENOIR, N y PLANKENSTEINER, M., “Accords...”, cit y por MAHTANI, M., “Thinking outside...”, cit., pp. 11 y ss.

<sup>668</sup> FLOREA, I., “Contributions towards elucidating the concept of restriction of competition by object”, *International Conference Education and Creativity for knowledge-based society: law*, núm. 12, 2018, p. 153 tras estudiar la jurisprudencia del TJUE en materia de restricción por el objeto, ha afirmado que en definitiva el criterio legal para determinar si una coordinación entre empresas supone una restricción por el objeto o no es el grado suficiente de nocividad para la competencia.

<sup>669</sup> Para MASSARANO, N., “The unclear effects...”, cit., pp. 65-68 el requisito de una experiencia sólida y fiable se basa en la pura lógica, ya que si ésta no existe solo es posible afirmar que la práctica presenta un grado suficiente de nocividad pecando de cierta arbitrariedad. Dicho de otro modo, no sería posible opinar que una práctica es suficientemente nociva si no existe esa experiencia que respalde tal consideración. El mismo autor también señala que esa experiencia es, sobre todo, económica, no tanto jurisprudencial, puesto que la práctica decisoria de la CE y el TJUE únicamente vendría a confirmar lo señalado por la ciencia económica.

*aparentemente* anticoncurrencial, puesto que la primera fase es por sí sola insuficiente para alcanzar una conclusión definitiva. Este análisis casuístico *sirve*, por tanto, *para verificar o descartar* el carácter anticompetitivo por el objeto, pero no como un elemento autónomo que, abstraído del grado de nocividad suficiente para la competencia, pueda conducir a encajar una conducta en un determinado tipo de restricción<sup>670</sup>.

Para entender el rol que desempeña la segunda fase, BOBEK se preocupa especialmente de diferenciarla del análisis de los efectos<sup>671</sup>. Al respecto, considera que la autoridad que aplique el art. 101.1 TFUE debe comprobar que no se dan *circunstancias concretas* que puedan arrojar dudas sobre la presunta naturaleza dañina del acuerdo. Constituye, esencialmente, un *examen básico de la realidad*<sup>672</sup>. Simplemente, exige a la CE comprobar, con carácter general, si se dan circunstancias que impidan al acuerdo en cuestión restringir la competencia. Así, la diferencia entre lo uno y lo otro, en definitiva, es más cuantitativa que cualitativa, según el Abogado General<sup>673</sup>.

A nuestro juicio, estas conclusiones de BOBEK han de ser bienvenidas<sup>674</sup>. Nuestra valoración positiva de esta concepción bifásica se sustenta, esencialmente, en las cuatro siguientes razones<sup>675</sup>: 1ª) Consigue ordenar la mayoría de pronunciamientos relevantes del TJUE en materia de restricciones por el objeto. 2ª) Se trata de un enfoque mixto, respetuoso con los dos planteamientos anteriores, pero salvando las críticas que pueden imputarse a ambos. 3ª) Explica cómo ha de realizarse la aproximación ortodoxa al concepto de restricción por el objeto, toda vez que detalla cómo ha de llevarse a cabo la fase formalista. 4ª) En la fase contextual, esclarece cómo ha de abordarse el análisis del contexto jurídico y económico y dónde está la frontera con el examen de los efectos. Todas estas razones nos llevan, en definitiva, a concluir que la perspectiva bifásica de la restricción por el objeto, tal como es concebida por el

<sup>670</sup> LÖWHAGEN, F., “Descifrando el artículo...”, cit.

<sup>671</sup> Conclusiones del Abogado General BOBEK, de 5 de septiembre de 2019, asunto *Budapest Bank* (C-228/18), apdos. 48º, 49º y 50º. De este modo, se trata de subsanar una de las críticas efectuadas contra la STJUE en el asunto *Cartes Bancaires*, que no era otra que la incertidumbre acerca de la profundidad del análisis caso por caso que se sugirió en dicho pronunciamiento judicial. *Vid* TANNEBAUM, S., “The concept...”, cit., p. 142. Sin embargo, cierto es que ZELGER, B., “By object or effects restrictions...”, cit., pp. 282-283 evidencia que existen casos en los que la frontera entre el contexto y el examen de los efectos no están nada claros.

<sup>672</sup> De ahí que IOANNIDOU, M y NOWAG, J., “Can two wrongs...”, cit., p. 355 hayan sostenido que el contexto sirve como un factor que permite, en suma, una evaluación limitada de los efectos.

<sup>673</sup> Bien es cierto que, como ha señalado MASSARANO, N., “The unclear effects...”, cit., pp. 65-68, la prueba de esos efectos ambivalentes parece diferente para BOBEK y para el TJUE. No en vano, el Abogado General parece exigir que los efectos ambivalentes sean razonables mientras que el órgano jurisdiccional comunitario pide que estén totalmente argumentados, establecidos y probados.

<sup>674</sup> No compartimos, sin embargo, que la restricción por el objeto y por el efecto no sean ontológicamente diferentes y que la diferencia sea estrictamente procesal.

<sup>675</sup> Algunos de ellos compartidos por IBÁÑEZ COLOMO, P., “AG Bobek in Case C-228/17...”, cit.

Abogado General, debe ser la manera de interpretar este concepto de ahora en adelante.

De esta misma opinión es, según parece, el TJUE. No en vano, de su sentencia de 2 de abril de 2020 se deduce que el órgano jurisdiccional acoge la interpretación de BOBEK de una forma inequívoca<sup>676</sup>. Por un lado, asegura que el concepto de restricción por el objeto se ha de interpretar de manera restrictiva sobre la base de un grado de nocividad suficiente para la competencia, apoyándose siempre en un acervo sólido y fiable de experiencia<sup>677</sup>. Por otro, confirma la relevancia que tiene el contexto jurídico y económico como parte ineludible del examen encaminado a discernir si una restricción merece o no categorizarse como restrictiva por el objeto<sup>678</sup>. Por todo ello, algún autor no ha dudado en señalar (a nuestro juicio, acertadamente) que con este pronunciamiento todas las piezas “se han puesto en su sitio”, al haberse disipado las dudas existentes sobre el concepto de restricción de la competencia por el objeto<sup>679</sup>. Es, en suma, una confirmación indiscutible de la tendencia del TJUE a analizar los asuntos desde una perspectiva más económica<sup>680</sup>.

### 3.2. ¿Cómo se relacionan los conceptos de restricción por el objeto y restricción sensible de la competencia?

La relación entre la noción de restricción por el objeto y la doctrina *de minimis* es una cuestión espinosa que ha de tener en consideración, en esencia, las STJUE en los asuntos *Völk*, *Expedia*, *Cartes Bancaires* y *Budapest Bank*<sup>681</sup>. Del estudio conjunto de estos cuatro casos y otros similares se deduce que hay, al menos, tres interpretaciones posibles, cada una de las cuales tiene diversas implicaciones para el Derecho *antitrust*: 1ª) la revocación *obiter dictum* del asunto *Völk* [*infra*, a]; 2ª) la compartimentación de un concepto amplio de restricción por el objeto con una presunción de apreciabilidad [*infra*, b]; y, por último, 3ª) el carácter sensible de la restricción de la competencia como parte del contexto económico [*infra*, c].

De estas tres interpretaciones, consideramos que el enfoque que mejor encaja con el estudio de la doctrina *de minimis* realizado hasta ahora, así como con el acervo

<sup>676</sup> STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18), comentada por IBÁÑEZ COLOMO, P., “Case C-228/18, *Budapest Bank*: all the pieces are now in place (and we know what a restriction is)”, *Chilling competition*, 2 de abril, 2020. Disponible en [chillingcompetition.com](http://chillingcompetition.com) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021) y PAZZI, M., “*Budapest Bank*...”, cit., pp. 231-235.

<sup>677</sup> STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18), apdos. 54º, 76º y 78º. En particular, en el apdo. 76º de la STJUE incluso se alude directamente a los apdos. 54º, 63º y 73º de las Conclusiones del Abogado General BOBEK, por lo que la sintonía entre el TJUE y el Abogado General es innegable.

<sup>678</sup> *Ibidem*, apdos. 51º, 68º, 80º, 85º y 86º.

<sup>679</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “Case C-228/18...”, cit.

<sup>680</sup> MASSARANO, N., “The unclear effects...”, cit., pp. 65-68

<sup>681</sup> Si bien es cierto que, para BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 539, la STJUE relativa al asunto *Völk* obligaría, en cualquier caso, a realizar un cierto análisis contextual incluso en una restricción por el objeto.

comunitario sobre restricciones por el objeto, es el tercero, esto es, la sensibilidad como elemento del contexto. No obstante, a continuación, exponemos cada una de estas soluciones interpretativas, pues entendemos que así lo exige un estudio de la naturaleza del que aquí se realiza.

a) La revocación *obiter dictum* del caso *Völk*

La alternativa más elemental estriba en entender que la doctrina del caso *Völk* ha sido revocada de manera implícita<sup>682</sup>. Como sabemos, merced a esta jurisprudencia una restricción que por su propia naturaleza es lesiva para la competencia (concretamente, una protección territorial absoluta) puede tener, sin embargo, un carácter insignificante desde la perspectiva del Derecho de la competencia atendiendo a la débil posición de las empresas autoras de la conducta restrictiva (concepción cuantitativa de la menor importancia aplicable a las restricciones por sus efectos y por su objeto).

Ahora bien, la STJUE en el asunto *Expedia* puede interpretarse en el sentido de que relega la doctrina del caso *Völk* únicamente a las restricciones de la competencia por los efectos. La motivación que está detrás de este cambio jurisprudencial puede ser doble: 1º) Por un lado, con su materialización, el TJUE alinea su interpretación del art. 101.1 TFUE con la propia de la CE, que es especialmente beligerante con ciertas conductas consideradas particularmente peligrosas. 2º) Por otro lado, gracias a este planteamiento se refuerza la doctrina según la cual en las restricciones por el objeto no es necesario examinar los efectos concretos derivados del comportamiento anticoncurrencial<sup>683</sup>.

Esta postura, empero, presenta el inconveniente de prohibir conductas con un carácter insignificante para la competencia<sup>684</sup>. En efecto, cuando se concluye que un acuerdo reviste, *en abstracto*, un grado de lesividad suficiente para la competencia, es irrelevante que *realmente* tenga esa capacidad para afectar al orden concurrencial. De modo que se permite sancionar una conducta, aunque no dañe ni ponga en peligro el bien jurídico protegido por la norma *antitrust*<sup>685</sup>.

<sup>682</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., *The shaping...*, cit., pp. 92-93. En contra, BRUZZONE, G y CAPOZZI, S., "Restrictions by object...", cit., p. 169.

<sup>683</sup> Sin embargo, KOLSTAD, O., *Object contra effect...*, cit., p. 53 recuerda que aunque los efectos concretos no han de demostrarse, sí que han de evaluarse en una extensión necesaria ciertos efectos para discernir si la conducta tiene algo más que un efecto insignificante para la competencia.

<sup>684</sup> No obstante, existe jurisprudencia que considera que una fijación de precios que involucra a PYMES no es un acuerdo de menor importancia. *Vid* STJUE de 11 de diciembre de 2003, *Ventouris Group Enterprises* (T-59/1999). Al respecto, BAILEY, D., "Restrictions of competition by object...", cit., p. 592 se pregunta si sería oportuno que la CE se replanteara si esto es suficientemente del interés de la UE, y si lo es, si debe ser una prioridad de política de competencia.

<sup>685</sup> Al respecto, hay autores que han señalado que las restricciones obvias o *hardcore restrictions* estarían excluidas de la salvaguarda de la Comunicación *de minimis* pero que, sin embargo, no estarían al margen de la



En nuestra opinión, esto que acabamos de exponer no casa bien con el principio de lesividad o antijuricidad material presente en toda expresión del *ius puniendi*<sup>686</sup>. Anteriormente señalamos que, desde nuestro punto de vista, la doctrina *de minimis* no es más que una concreción del principio de lesividad importado al Derecho *antitrust*<sup>687</sup>. Y es que, tanto el test de la apreciabilidad o sensibilidad como dicho principio, suponen un límite a la aplicación de normas punitivas, de suerte que si en el caso particular se comprueba que una conducta no causa realmente ningún daño ni peligro para el bien jurídico protegido, no podrá considerarse que sea realmente típica, por más que formal o teóricamente suela ser una práctica colusoria prohibida por la norma *antitrust*<sup>688</sup>.

Bien es cierto que la crítica apuntada se suaviza al tomar en consideración el efecto sensible sobre el comercio comunitario, tal como señala la Abogacía General en *Expedia*<sup>689</sup>. Sin embargo, como también se ha apuntado, esto tan solo traslada el problema a un orden inferior<sup>690</sup>. En efecto, los ordenamientos nacionales de los EEMM no tienen, por lo general, un concepto equivalente al de efecto sobre el comercio. Por el contrario, sí cuentan, normalmente, con una doctrina *de minimis* de corte parecido a la existente en sede comunitaria<sup>691</sup>. De modo que si el efecto sensible sobre el comercio ha de soportar todo el peso de la sensibilidad como criterio limitativo del alcance del art. 101.1 TFUE, el problema apuntado persiste, solo que es trasladado a los EEMM de la UE. Además, no hay que olvidar que considerar redundante el carácter significativo en la restricción concurrencial (esto es, en suma, creer que el efecto apreciable sobre la restricción queda subsumido en el efecto apreciable sobre el comercio) es volver atrás décadas de jurisprudencia, puesto que ambos efectos persiguen metas diferentes<sup>692</sup>.

---

teoría de la apreciabilidad y el requisito de un daño para la competencia más allá de lo insignificante. *Vid* TOFFOLETO *et al.*, *Competition law...*, cit., p. 66.

<sup>686</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J y BAÑO FOS, J. M., “El asunto Cartes...”, cit.

<sup>687</sup> *Supra*, 1ª Parte, I, 2.3.

<sup>688</sup> BAÑO FOS, J.M., *The dogmatic of article 101 TFEU and information exchanges*, Madrid, Iustel, 2018, *passim*.

<sup>689</sup> Conclusiones de la Abogada General KOKOTT, de 6 de septiembre de 2012, asunto *Expedia* (C-226/11). A favor de esta interpretación, VAN DER VIJVER, T y VOLLERING, S., “Understanding appreciability: The European Court of Justice reviews its journey in *Expedia*”, *CMLRev*, núm. 50, 2013, p. 1139.

<sup>690</sup> BRUZZONE, G y CAPOZZI, S., “Restrictions by object...”, cit., p. 228.

<sup>691</sup> A modo de ejemplo, entre otros, art. 5 de la LDC; art. 16 de la Ley de Defensa de la Competencia búlgara, de 28 de noviembre de 2008; art. 11.3 de la Ley de Defensa de la Competencia croata, de 30 de junio de 2009; art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia danesa, de 18 de junio de 2013; art. 4.2 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovaca, de 27 de febrero de 2001; art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovena, de 11 de abril de 2008; art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia finlandesa, de 12 de agosto de 2011; art. 13 de la Ley de Defensa de la Competencia húngara de 1996; art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia italiana, de 10 de octubre de 1990; art. 11 de la Ley de Defensa de la Competencia letona, de 23 de octubre de 2001; art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia maltesa, de 23 de diciembre de 1994; art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia polaca, de 16 de febrero de 2007 y art. 7 de la Ley de Defensa portuguesa, de 8 de mayo de 2012.

<sup>692</sup> KING, S., “How appreciable...”, cit., pp. 23 y ss.

- b) La compartimentación de un concepto amplio de restricción por el objeto con una presunción de apreciabilidad

La segunda interpretación posible de este asunto consiste en estimar que el carácter significativo de la restricción por el objeto se presume, pero admitiendo prueba en contrario<sup>693</sup>. Este planteamiento se ampara en dos premisas. Por un lado, los pactos confinados en la “*object box*”, en principio, son lesivos por su propia naturaleza, y por ello, no quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE ni siquiera cuando la posición de las partes que los suscriben no sobrepase los umbrales establecidos en la Comunicación *de minimis*. En particular, esto es lo que se deduce del asunto *Expedia*<sup>694</sup>.

Pero, por otro lado, dependiendo del contenido y objetivo de la restricción por el objeto ante la que estemos y *sin referencia a unos umbrales predeterminados*, las empresas inspeccionadas pueden alegar que la conducta es de escasa importancia, atendiendo a su posición poco significativa en el mercado relevante o a cualquier otro elemento cuantitativo o cualitativo<sup>695</sup>. Esto es lo que se infiere de la sentencia del caso *Völk*. Conforme a esta hipótesis, cabría sostener que desde el asunto *Expedia* queda establecida una presunción de apreciabilidad o sensibilidad en las restricciones por el objeto que admite prueba en contrario, como demuestran, entre otros, el caso *Völk*<sup>696</sup>. En este sentido, cuanto más seria sea la restricción, más insignificantes han de ser las cuotas de mercado<sup>697</sup>.

<sup>693</sup> MAHTANI, M., “Thinking outside...”, cit., pp. 32 y ss; ORTEGA GONZÁLEZ, A., “Restrictions by object and the appreciability test: the *Expedia* Case, a surprising judgement or a simple clarification?”, *ECLR*, Vol. 34, núm. 9, 2013, pp. 457-465 y BRUZZONE, G y CAPOZZI, S., “Restrictions by object...”, cit., p. 228. Esta parece ser la opción elegida por el ordenamiento jurídico suizo. Al respecto, *vid* DIEBOLD, N y SCHÄKE, C., “*De minimis* Exceptions...”, cit., pp. 107-120.

<sup>694</sup> Conclusiones de la Abogada General KOKOTT, de 6 de septiembre de 2012, asunto *Expedia* (C-226/11). La Abogada General reconoce que el art. 101.1 TFUE engloba sólo restricciones apreciables de la competencia. Sin embargo, los criterios para determinar la apreciabilidad difieren en la restricción por el objeto y por el efecto. Para ella, la STJUE en el asunto *Völk* no significa que en las restricciones por objeto la sensibilidad sea medible sobre la base de cuotas de mercado, y mucho menos, que éstas sean las mismas que en las restricciones por los efectos. Por otro lado, en Italia, país que recoge el requisito de la sensibilidad en el propio precepto que tipifica las conductas colusorias, lo cierto es que ésta se analiza en las restricciones por el objeto de forma muy escueta o superficial. *Vid*, FATTORI, P y TODINO, M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Nuova edizione, 2010, pp. 91-92.

<sup>695</sup> BRUZZONE, G y CAPOZZI, S., “Restrictions by object...”, cit., p. 228 y JONES, A., “Completion of...”, cit., pp. 957-958 En defensa de los criterios cualitativos, *vid* SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell...*, cit., p. 85; VAN DER VIJVER, T y VOLLERLING, S., “Understanding appreciability...”, cit., p. 1142; KING, S., “How appreciable...”, cit., p. 16 y WHISH, R y BAILEY, D., *Competition Law*, 9<sup>th</sup> ed..., cit., pp. 143-144.

<sup>696</sup> ORTEGA GONZÁLEZ, A., “Restrictions by object and the appreciability...”, cit., pp. 457-465. Sin embargo, si bien CLIFTON, M. J y FRANCIS, A., “Back to the future: a narrower interpretation of by object Restrictions”, *ELRep*, núm. 12, 2014, p. 308 reconocen esa posibilidad, también señalan que esto es muy difícil, tal como ocurre con la posibilidad de que una restricción por el objeto quede excepcionada por la vía del art. 101.3 TFUE.

<sup>697</sup> JONES, A y SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, cit., p. 172.

La principal virtud de esta solución interpretativa es que se muestra respetuosa con el espíritu de la restricción de la competencia por el objeto, de la doctrina *de minimis* y del principio de lesividad que ésta encarna<sup>698</sup>. En puridad, hay una inversión de la carga de la prueba que no se opone, en absoluto, a que todo comportamiento deba afectar a la competencia de forma sensible o apreciable para encajar en el art. 101.1 TFEU<sup>699</sup>. Así, en lugar de examinar la apreciabilidad, en abstracto, a través de unos umbrales definidos *ex ante*, ésta se analiza desde una óptica más respetuosa con cada caso individual<sup>700</sup>.

Además, esta tesis es también coherente con la afirmación del TJUE acerca de que la administración sancionadora no tiene que demostrar los efectos concretos de una conducta una vez que ésta se ha manifestado como una restricción por el objeto. Antes bien, los efectos negativos y apreciables se presuponen<sup>701</sup>. Sin embargo, nada impide que las empresas interesadas acrediten, a través de cualquier medio válido en Derecho, que la conducta es inapreciable o insignificante para el orden concurrencial y, en consecuencia, que la competencia (efectiva, funcional o practicable) no se ha visto amenazada ni real ni potencialmente<sup>702</sup>.

El único inconveniente asociado a esta interpretación consiste en concebir la sensibilidad en la restricción de la competencia como una excepción y no como un elemento del tipo del art. 101.1 TFUE. Al respecto, se ha señalado que la apreciabilidad tiene un gran paralelismo con el art. 101.3 TFUE, en el sentido de que *ambos son mecanismos de excepción muy raros en el caso de las restricciones por el objeto*<sup>703</sup>.

Sin embargo, la anterior afirmación no llega a convencernos. La escasa sensibilidad o apreciabilidad sobre la competencia no puede ser concebida como una exención. Como hemos expresado con rotundidad en páginas precedentes, somos partidarios de la licitud de las conductas *de minimis*, que por tal razón quedan fuera de la prohibición formulada por la norma *antitrust* (art. 101.1 TFUE) y, en consecuencia, no pueden beneficiarse de una exención o autorización con fundamento en la cláusula

<sup>698</sup> MAHTANI, M., "Thinking outside...", cit., pp. 38-39.

<sup>699</sup> Prueba de ello es que la CE está obligada a definir el mercado relevante también en una restricción por el objeto, en tanto que es necesario para determinar si ésta afecta a la competencia y al comercio entre los EEMM de forma sensible o apreciable (SSTJUE de 6 de julio del 2000, *Volkswagen* (asunto C-62/98), apdos. 230° y 231° y de 10 de marzo de 1992, *Societa Italiana Vetro, Fabbrica Pisana and PPG Vernante Pennitalia* (asuntos T-68/89 y T-77,78/89), apdo. 158° y BAILEY, D., "Restrictions of competition by object...", cit., p. 569). En contra, en cambio, STJUE de 19 de marzo del 2003, *CMA CGM* (asunto C-213/00), apdo. 206°.

<sup>700</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., *The shaping...*, cit., p. 107.

<sup>701</sup> MAHTANI, M., "Thinking outside...", cit., p. 4.

<sup>702</sup> ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales...*, cit., p. 122 contempla esta posibilidad, aunque destacando la pesada carga de la prueba que soportaría la parte que la invoque.

<sup>703</sup> ZELGER, B., "By object restrictions...", cit., pp. 387 y ss.

general de exenciones del art. 101.3 TFUE o en algunos de los REC que la desarrollan<sup>704</sup>.

- c) El carácter sensible de la competencia como parte del contexto jurídico y económico

Una última interpretación posible, que guarda un cierto paralelismo con la anterior, es la que aboga por subsumir el análisis sobre la afectación sensible de la competencia en el propio examen que determina si existe una restricción por el objeto<sup>705</sup>. Según esta aproximación, lo que el TJUE ha querido decir con sus pronunciamientos en los casos *Völk*, *Expedia*, *Cartes Bancaires* y *Budapest Bank* es que, al comprobar si un acuerdo es o no una restricción por el objeto, se ha de reparar en su contexto jurídico y económico, siendo dentro de éste donde se debe llevar a cabo un análisis acerca del carácter sensible o no de la restricción de la competencia<sup>706</sup>.

Puede estarse de acuerdo en que cuando una conducta no posee una cierta notoriedad para el sistema funcional de la competencia, no puede ser considerada una restricción por el objeto<sup>707</sup>. Así ocurre en los casos en que su contexto económico pone de manifiesto un grado insuficiente de lesividad o falta de peligro para el bien jurídico protegido<sup>708</sup>. Por el contrario, cuando se afirma que un acuerdo es una restricción por

<sup>704</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., *passim* y VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., *passim*.

<sup>705</sup> Un posible precedente lo encontramos en la STJUE de diciembre de 1980, *L’Oreal v. De Nieuwe* (asunto C-31/80), apdo. 19º: “Para apreciar (...) si debe considerarse prohibido un acuerdo a causa de las alteraciones del juego de la competencia que constituyen su objeto o su efecto, es preciso proceder al examen del juego de la competencia en el *contexto real* en que se produciría a falta del acuerdo objeto de controversia. A tal efecto, procede tomar en consideración (...) *la posición y la importancia de las partes en el mercado de los productos de que se trate*, el carácter aislado del acuerdo objeto de controversia o, al contrario, el lugar que ocupa en un conjunto de acuerdos”. (Énfasis añadido). También cabe deducir esta posición de las Conclusiones del Abogado General GAND, de 3 de junio de 1969, asunto *Völk* (C-5/69). Por lo que respecta a la doctrina científica, BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 555 ya se manifestó en este sentido en el año 1996, considerando precisamente que ésta era la solución ideal a la incertidumbre en torno a la relación entre los términos restricción apreciable de la competencia y restricción por el objeto. Por su parte, SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell*..., cit., p. 86 aludió a las “peculiaridades de cada mercado” como elemento a tener en cuenta en la teoría de la apreciabilidad, lo que fácilmente puede asociarse con el contexto jurídico y económico.

<sup>706</sup> Así parece deducirse de las Conclusiones del Abogado General VILLALÓN, de 25 de octubre de 2012, asunto *Allianz Hungría* (C-32/11), apdo. 85º. No en vano, comienza el análisis del contexto con referencia a la cuota de mercado y la posición de las empresas involucradas. Más clara aún resulta la opinión del Abogado General WAHL, de 27 de marzo de 2014, asunto *Cartes Bancaires* (C-67/13), apdo. 42º. En ella, el jurista afirma que incluso en una fijación de precios se debería atender a la cuota mínima de las empresas implicadas, pues así lo exige el contexto económico. A favor de este planteamiento se han mostrado KING, S., “How appreciable...”, cit., *passim*; VAN DER VIJVER, T y VOLLERING, S., “Understanding appreciability...”, cit., *passim* y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El Tribunal de Justicia, otra vez sobre el concepto de restricción por el objeto: asunto *Toshiba*”, *Competencia y regulación*, 7 de febrero, 2016. En contra, sin embargo, ZELGER, B., “By object restrictions...”, cit., pp. 386-387.

<sup>707</sup> KOLSTAD, O., *Object contra effect*..., cit., pp. 52 y ss y BLÁNQUEZ, L y ROGERS, M., “Los asuntos *Glaxo Wellcome* e *Irish Beef*: ¿Qué acuerdos tienen por objeto restringir la competencia en Derecho comunitario?”, *GJUE*, núm. 12, 2009, p. 59.

<sup>708</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los cárteles...”, cit.

el objeto, *se ha tenido que constatar previamente que, atendiendo a su contexto económico, presenta un grado suficiente de peligro para la competencia*<sup>709</sup>.

Lo anterior explica que en el asunto *Expedia* el TJUE afirmase que un acuerdo que puede afectar al comercio entre EEMM y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia. Esta afirmación, rectamente entendida, expresa que la apreciabilidad forma parte del examen encaminado a discernir si una restricción lo es por su objeto o por sus efectos. De modo que el análisis sobre el carácter significativo de la competencia en las restricciones por el objeto no queda postergado a un momento posterior al propio examen que determina dicha naturaleza.

La idea anterior resulta poco sorprendente si se tiene en cuenta que, tal como han señalado algunos autores, el criterio de la apreciabilidad y el contexto económico y jurídico han sido dos criterios en virtud de los cuales se ha dado a las restricciones por el objeto un enfoque más realista e individualizado<sup>710</sup>. Por tanto, subsumir el primero en el segundo puede ser una simplificación positiva para la aplicación del art. 101.1 TFUE<sup>711</sup>. Esto, además, cuenta con la ventaja de que en ningún momento se puede deducir la consideración automática de una conducta como apreciable o sensible para la competencia merced a un juicio puramente formal o abstracto.

Desde esta perspectiva, en suma, la doctrina *de minimis* derivada del art 101.1 TFUE *alcanza a toda restricción de la competencia*, ya sea por el objeto o por el efecto<sup>712</sup>. La diferencia estriba en que en el primer caso el carácter sensible o apreciable se analiza atendiendo al contexto económico, mientras que en el segundo supuesto se estudia en el examen de los efectos<sup>713</sup>.

Esta divergencia no es baladí. Antes bien, pone de relieve que la verificación del elemento de la apreciabilidad o la sensibilidad difiere en uno y otro tipo de

<sup>709</sup> KING, S., “How appreciable is...”, cit., *passim*; VAN DER VIJVER, T y VOLLERING, S., “Understanding appreciability...”, cit., *passim* y VEROUDEN, V., “Vertical agreements...”, cit., p. 549.

<sup>710</sup> IOANNIDOU, M y NOWAG, J., “Can two wrongs...”, cit., pp. 348-356.

<sup>711</sup> A favor, desde 1996, BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 539. En contra, en cambio, BERGQVIST, C., “What does...”, cit., pp. 501-504.

<sup>712</sup> WHISH, R y BAILEY, D., *Competition Law*, 9<sup>th</sup> ed..., cit., p. 117. Estos autores reconocen que es requerido algún tipo de elemento analítico en la determinación de si un acuerdo restringe la competencia. Consideran que ese análisis puede venir de 2 consideraciones separadas. Por un lado, si el acuerdo restringe la competencia de forma apreciable y, por otro, si se afecta al comercio entre los EEMM de manera sensible. En esa misma dirección se pronunció uno de los autores con anterioridad en BAILEY, D., “Restrictions of competition by object...”, cit., p. 588.

<sup>713</sup> Claramente son conceptos e ideas diferentes, como refleja la STJUE de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij* (asunto C-238/99), apdo. 486º. Si bien uno de los desafíos del derecho de la competencia es imaginar una línea clara que determine los límites prácticos de uno y otro, tal como ha señalado ALVIN SNG, Y., “The distinction...”, cit., p.180.

restricción, de igual modo que ha de distinguirse el análisis del contexto económico del análisis de los efectos<sup>714</sup>. En concreto, en el contexto económico se ha de determinar que la conducta no presenta ningún rasgo que permita constatar que la competencia no ha corrido ningún peligro, ni real ni potencial. Por el contrario, en el análisis de los efectos, en cambio, se ha de demostrar que realmente la competencia se ha visto afectada de forma apreciable tras el acuerdo.

Las consecuencias prácticas de lo que acabamos de afirmar son importantes. En el caso de una restricción por el objeto, la CE tan solo tiene la obligación de examinar los motivos esgrimidos por las partes acerca de la insignificancia de la conducta, y tras ello, aceptarlos o rechazarlos<sup>715</sup>. En cambio, al evaluar los efectos, la autoridad *antitrust* tiene que demostrar que los efectos derivados del acuerdo analizado son negativos para la competencia y apreciables. Además, en el análisis de los efectos la CE está atada por su Comunicación *de minimis*, mientras que en el examen del contexto económico goza de mayor libertad para adaptar su evaluación al caso concreto. Quizás un ejemplo permita aclarar lo expuesto:

Piénsese en una fijación de precios acordada únicamente para un par de días por dos empresas competidoras que suman un 0,4% de cuota de mercado. En este supuesto, como en cualquier restricción, lo primero que debemos comprobar, de cara a evidenciar su encaje en el art. 101.1 TFUE, es si nos encontramos ante una restricción por el objeto o por sus efectos.

Como se trata de un pacto sobre precios entre competidores, no es difícil superar el primer filtro de la fase formal a la que alude el Abogado General BOBEK en el asunto *Budapest Bank*. No en vano, existe un amplio consenso acerca de que un acuerdo horizontal de precios es un comportamiento subsumible en la “*object box*”. La controversia reside, por tanto, en el examen del contexto económico.

Al analizar este contexto, se nos presentan dos alternativas: 1ª) que, pese al ínfimo poder de las empresas y la poca relevancia temporal de la conducta, ésta presente un grado suficiente de lesividad para la competencia; o 2ª) que la escasísima

---

<sup>714</sup> KOLSTAD, O., *Object contra effect...*, cit., p.53 y VEROUDEN, V., “Vertical agreements...”, cit., p. 549, quien afirma que según las Conclusiones del Abogado General en *Völk*, en lo que respecta a la doctrina *de minimis*, en el contexto de las restricciones por el objeto éste tiene que ser “suficientemente nocivo mientras que en el contexto de las restricciones por el efecto éste tiene que ser apreciable”. Por otro lado, esta tendencia a juzgar el daño o efecto negativo de forma diferente según el tipo de acuerdo, concluyendo que hay pactos cuyo contenido difícilmente puede afectar de forma poco sustancial a la competencia, se observa en ordenamientos alejados del comunitario, como puede ser el neozelandés. *Vid*, NOONAN, C., *Competition Law...*, cit., pp. 337-345.

<sup>715</sup> Así lo defiende, aunque hablando del contexto jurídico y económico en general, SVETLICINII, A., “Objective justifications of restrictions by object in Pierre Fabre: A more economic approach to Article 101(1) TFEU?”, *ELRep*, núm. 11, 2011, p. 351.

posición de las empresas en el mercado y el breve período temporal de vigencia del acuerdo evidencien una falta de peligro real para la competencia, careciendo la conducta de entidad insuficiente para aplicar el régimen sancionador *antitrust*.

En la primera alternativa es claro que estamos ante una restricción por el objeto, siendo del todo innecesario analizar los efectos concretos derivados de la conducta analizada. Por consiguiente, no se tiene que demostrar que en ese caso efectivamente se dañó a la competencia de forma apreciable. Sin embargo, en la segunda posibilidad no estamos verdaderamente frente a una restricción por el objeto, sino ante una restricción por los efectos. Así hemos de concluirlo por no superar la conducta en cuestión el segundo filtro de la fase funcional exigido para calificar un acuerdo como restricción por el objeto.

Por último, cabe destacar que, una vez se concluye que estamos ante una restricción por sus efectos, resultan de aplicación los umbrales de la Comunicación *de minimis*, aunque la conducta sea de aquellas que cuentan con una experiencia sólida y fiable sobre su grado suficiente de nocividad (en abstracto). Según los criterios cuantitativos preestablecidos en dicho texto, se presume *iure et de iure* que el pacto no ha afectado de forma significativa o sensible a la competencia. Esto es debido a que, en realidad, el examen de la menor importancia es más exigente en el contexto económico que en los efectos. De esta forma, la conducta queda definitivamente fuera del ámbito del Derecho *antitrust*, respetando con ello el principio de lesividad y mostrando que no daña a la competencia quien quiere, sino quien puede<sup>716</sup>.

Hemos de concluir, por tanto, que toda restricción por el objeto reviste un carácter apreciable para la competencia. Ahora bien, no se ha de confundir este concepto con un acuerdo que únicamente encaja en la primera fase del análisis propuesto por BOBEK, esto es, aquel que cuente con una experiencia sólida y fiable acerca de que normalmente posee un grado suficiente de nocividad para el orden concurrencial. Toda conducta de fijación de precios o de reparto del mercado es acreedora, indudablemente, de la referida experiencia. Sin embargo, la necesidad de interpretar el concepto de restricción por el objeto de forma restrictiva obliga a estudiar el contexto económico en que se inserta la práctica.

Este “baño de realidad” que supone el análisis del contexto económico, no puede obviar los criterios cuantitativos y cualitativos que se han señalado en este

---

<sup>716</sup> Lo cual encaja con el principio de proporcionalidad, puesto en valor en el art. 101.1 TFUE por BAÑO FOS, J.M., *The dogmatic...*, cit., pp. 183-184, Subsidiariamente, en contra de lo defendido en este trabajo, también se podría sostener que es un comportamiento prohibido pero que no merece sanción, en la línea de lo afirmado por este mismo autor en la p. 63.

trabajo al hablar de la doctrina *de minimis*<sup>717</sup>. Antes, al contrario, se ha de comprobar si las circunstancias económicas permiten, razonablemente, albergar ciertas dudas sobre el grado *suficiente* de lesividad<sup>718</sup>. De modo que no basta que el acuerdo sea *teóricamente* lesivo. Ha de ser *suficientemente* lesivo como para justificar la relajación de la carga de la prueba.

Sobre la base de cuanto antecede, nuestro criterio es que una fijación de precios que involucra a pocas empresas de escasa envergadura, que se realiza por un tiempo limitado e incluso que se lleva a cabo en un mercado relativamente atomizado, no puede revestir un grado suficiente de nocividad para la competencia que permita su condena y sanción *antitrust* a través de un juicio meramente abstracto. No se trata, en rigor, de una restricción por el objeto. Y si el análisis de sus efectos lo confirma, tampoco merecerá categorizarse como una restricción sensible o significativa de la competencia, prohibida por la norma que tipifica las conductas colusorias en el Derecho *antitrust* de la UE (art. 101.1 TFUE).

Se comprende así que en el examen de los efectos la autoridad *antitrust* ha de demostrar que éstos son apreciables, mientras que en el examen del objeto anticompetitivo tan solo tiene que descartar *de forma razonada* que los argumentos esgrimidos por las partes no permiten concluir, por sí solos, que la práctica no presenta en realidad un grado suficiente de nocividad como el sugerido, con carácter general, por la experiencia.

Tras lo expuesto, en suma, la relación existente entre las nociones de restricción por el objeto y restricción sensible de la competencia, podría expresarse del modo siguiente: Toda restricción por el objeto es un acuerdo que afecta de forma apreciable o sensible a la competencia. Pero porque, a su vez, ningún acuerdo insignificante puede tener la consideración de restricción por el objeto. Y es que si el contexto económico reflejase que la conducta no presenta un grado de nocividad suficiente para la competencia efectiva (merced al test de la apreciabilidad o sensibilidad), la conducta en particular no podría ser categorizada como una restricción por el objeto.

El planteamiento anterior, además, cuenta con dos virtudes dignas de consideración. Por un lado, gracias a esta interpretación de la normativa *antitrust*, la operatividad de la doctrina *de minimis* es máxima, ya que ésta tiene cabida en cualquier tipo de restricción (sea por el objeto o por el efecto) Y por otro, se trata de una perspectiva totalmente coherente con una formulación del concepto de restricción

<sup>717</sup> COSTAS COMESAÑA, J., *Los Cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 80 relaciona el contexto jurídico y económico con la entidad suficiente para limitar de forma significativa la libre competencia.

<sup>718</sup> BRIGHT, C., "EU competition policy...", cit., p. 539.



por el objeto respetuosa con la ciencia económica y el principio de lesividad, puesto que lo interpreta de manera restrictiva, tal como viene exigiendo la jurisprudencia del TJUE.

## V. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO DEL ART. 102 TFUE Y EL REQUISITO DE LA RESTRICCIÓN SENSIBLE O APRECIABLE DE LA COMPETENCIA

La cuestión relativa a si es posible que un abuso de posición dominante sea de menor importancia en el Derecho de la UE, parece que ha de merecer hoy (al menos en principio) una respuesta negativa. Ciertamente es que el art. 102 TFUE exige que este ilícito *antitrust* despliegue sus efectos bien en el mercado interior en su conjunto bien en una parte sustancial del mismo, lo que ha sido entendido en ocasiones como reflejo de la doctrina *de minimis* del art. 101.1 TFUE<sup>719</sup>. Sin embargo, no menos verdad es al mismo tiempo que la comunidad jurídica en general coincide en afirmar que un abuso de posición de dominio no puede ser reputado insignificante o poco sensible para la competencia en sede comunitaria. Además, la jurisprudencia del TJUE avalaría esta postura, que no nos parece cuestionable.

En última instancia, el fundamento por el que se rechaza la aplicación de la doctrina *de minimis* al ilícito del art. 102 TFUE se encuentra en los propios elementos constitutivos del tipo, los cuales parece que en sí mismos excluyen la posibilidad de poder hablar de un comportamiento abusivo de una posición dominante que pueda ser categorizado como de menor importancia<sup>720</sup>. En efecto, es razonable pensar que la concurrencia de una posición de dominio, por un lado, y la de un abuso, por otro, dificultan (o imposibilitan) que la conducta pueda afectar a la competencia tan solo de una manera inapreciable o poco significativa. Veamos por qué:

Por un lado, porque la posición dominante otorga a la compañía que la posee una fuerza económica que le permite actuar con cierta independencia respecto de sus competidores, clientes y consumidores, disponiendo así por definición de capacidad para afectar de forma significativa a la competencia<sup>721</sup>. Por otro lado, porque el abuso

<sup>719</sup> WHISH, R., “Article 102 and *de minimis*”, *CLJ*, Vol. 7, núm. 9, 2016, pp. 651-652 y LIBERTINI, M., *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Milano, Giuffrè Editore, 2014, pp. 134-137.

<sup>720</sup> Entre otros, MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 20; GALÁN CORONA, E., “Las conductas de menor importancia...”, cit., p. 299; BERENQUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Comentarios a la regulación de las conductas restrictivas de menor importancia en España”, *ADI*, t. XXVIII, 2007-2008, p. 57; DE EIZAGUIRRE, J.M., “Observaciones al anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t. XXVI, 2005-2006, p. 132 y PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 524-527.

<sup>721</sup> Entre otros, FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia...*, cit., pp. 263-269; MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 20; PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 524-527 y MATILLA ALEGRE, R., “Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el Art. 86

presupone un mal uso de la libertad de competir que no admite diversos grados y que necesariamente ha de entrañar una afectación sensible o apreciable del orden concurrencial cuando es realizado por una empresa fuerte en el mercado relevante<sup>722</sup>.

Ahora bien, una cosa es que el abuso de posición de dominio *de minimis* sea un oxímoron (como también lo son un muerto viviente, un gas líquido o la realidad virtual) y otra cosa distinta que en el examen jurídico que determina si la conducta enjuiciada ha de ser prohibida e incluso sancionada (merced a lo dispuesto en el art. 102 TFUE) no deba estar presente ningún criterio o parámetro de valoración de los que conforman el test de la apreciabilidad o sensibilidad. De hecho, somos de la opinión de que un abuso de posición dominante no puede ser un comportamiento *de minimis* pero porque, *previamente*, al estudiar si existe abuso, se ha tenido que descartar la concurrencia de circunstancias que evidencien que la conducta en particular es incapaz de afectar a la competencia funcional de una forma que pueda calificarse como abusiva. De modo que el carácter sensible de la restricción concurrencial estaría presente en el análisis del art. 102 TFUE, pero de forma camuflada.

Básicamente, a la conclusión anterior llegamos a través del estudio de los dos presupuestos que conforman este ilícito *antitrust*, esto es, la posición de dominio, por un lado, y el abuso, por otro; ambos puestos en relación con los criterios determinantes de la menor importancia. A continuación, desarrollamos esta tesis, para lo cual seguimos una argumentación dotada de una estructura marcadamente sencilla:

1º) Por un lado, disertaremos sobre el concepto de abuso de posición de dominio desde el punto de vista de los criterios cuantitativos y cualitativos que delimitan el carácter insignificante de una conducta para la competencia efectiva, funcional o practicable [*infra*, 1].

2º) Por otro, prestamos especial atención a la interpretación del concepto de abuso a la luz de algunos pronunciamientos del TJUE; especialmente, nos centraremos en uno de ellos que ha sido frecuentemente malentendido, como es la STJUE en el asunto *Post Danmark II*, así como en otro que viene a confirmar nuestra tesis, como es el caso *Intel*, del que se extrae la enseñanza de que incluso en la aplicación del art. 102

---

Tratado de Roma”, en AA. VV, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Homenaje a Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 687-704. Sobre el umbral que ha de sobrepasar una empresa para ser considerada dominante en su mercado relevante, *vid.* MONTI, G., “The dominance threshold in article 102 TFEU”, en AA.VV (eds. BASEDOW, J y WURMNEST, W), *Structure and effects in EU Competition Law*, The Netherlands, Wolter Kluwer, 2011, pp. 57-82.

<sup>722</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, *cit.*, p. 20 y PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5..., 6ª ed, *cit.*, p. 526, quien apunta como fundamento de esta idea la STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche* (asunto C-85/1976).

TFUE se ha de descartar que la conducta enjuiciada (y formalmente abusiva) revista un carácter inapreciable para la competencia [*infra*, 2].

Adelantamos que, en nuestra opinión, el test de la apreciabilidad está presente en el primer nivel de prueba de los tres posibles, esto es, en la constatación de la existencia de un abuso. En rigor, junto a este primer nivel hay otros dos que se corresponden con la prueba del daño producido y con la eventual defensa o descargo del infractor<sup>723</sup>. No ignoramos que puede resultar discutible en qué nivel deberíamos incluir el carácter inapreciable de la conducta. No obstante, como acabamos de indicar, creemos que la teoría de la sensibilidad *ex art.* 102 TFUE se incluye dentro del concepto de abuso, siendo inadmisibile que funcione como una excepción, en consonancia con lo expuesto más arriba acerca de las prácticas colusorias. En este sentido, cabe advertir que el principio de eficiencia, el cual aconseja, incluso en el primer nivel de prueba, que la carga de la prueba atribuida a la CE se pueda aligerar a tenor de presunciones *iuris tantum*, no supone ningún obstáculo para alcanzar esta tesis<sup>724</sup>. En cualquier caso, al final de este epígrafe tendremos oportunidad de profundizar en esta cuestión que ahora nos limitamos a apuntar.

### **1. El concepto de posición de dominio y los criterios que determinan qué es una conducta *de minimis***

Hemos señalado más arriba que la doctrina *de minimis* encuentra su origen en la jurisprudencia, concretamente en el asunto *Volk* [*supra*, I, 2.1]<sup>725</sup>. Como se recordará, en dicho caso el TJUE concluyó que el acuerdo enjuiciado caía fuera de la prohibición del art. 101.1 TFUE merced a la *débil posición en el mercado relevante* de las empresas participantes. La menor importancia fue definida así de forma cuantitativa. Desde luego que, entendida la menor importancia en este sentido, parece clara la imposibilidad de hablar de un abuso de posición de dominio *de minimis*, dado que el art. 102 TFUE presupone una fuerte posición en el mercado de la empresa autora del comportamiento supuestamente abusivo<sup>726</sup>.

Esta idea, además, se ve reforzada por las Comunicaciones en materia de menor importancia que se han ido sucediendo en el tiempo, pues todas ellas han venido sustentando una concepción cuantitativa de la menor importancia a través de la

<sup>723</sup> RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso...”, cit., p. 3.

<sup>724</sup> Sobre estas presunciones y su consideración positiva en el Derecho *antitrust*, vid BAILEY, D., “Presumptions in EU Competition Law”, *ECLR*, Vol. 31, núm. 9, 2010, p. 26 y ss.

<sup>725</sup> STJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69).

<sup>726</sup> Entre otros, FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia...*, cit., pp. 263-269; MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 20; PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 524-527 y MATILLA ALEGRE, R., “Sobre las nociones...”, cit., pp. 687-704.

aplicación de criterios tales como el volumen de negocios y/o la cuota de mercado [*supra*, III, 1.1].

Sin embargo, no en todos los ordenamientos *antitrust* esto parece estar claro<sup>727</sup>. En Reino Unido, por ejemplo, la sección 40ª de la *Competition Act* de 1998 alude a la idea de “*conduct of minor significance*” en relación con el abuso de posición de dominio. Lo hace, además, considerando la débil posición económica de la empresa en posición dominante<sup>728</sup>. Esto, en nuestra opinión, nada tiene que ver con la conducta abusiva en sí. En realidad, este precepto recoge un auténtico ilícito *antitrust*, aunque el legislador británico decide no sancionarlo debido a la poca envergadura (en términos absolutos) de la compañía en posición de dominio<sup>729</sup>.

Ahora bien, una previsión como la británica a la que acabamos de aludir carece de reflejo en sede comunitaria. De ahí que pueda concluirse que, en principio, la exigencia de una posición dominante impide que una conducta sea calificada como insignificante atendiendo a la débil participación en el mercado de la empresa que la realiza<sup>730</sup>. Así lo corroboró la propia *Office of Fair Trading* inglesa, pues con carácter previo al Brexit, advirtió que la inmunidad otorgada por la normativa británica a la que nos hemos referido *no se extiende al artículo 102 TFUE*<sup>731</sup>.

Más interesante nos parece a este respecto el art. 5 LDC. A pesar de que este precepto también prevé la existencia de abusos de posición de dominio *de minimis*, sin embargo, adopta una postura más ambigua que su homólogo británico. Así nos lo

<sup>727</sup> De hecho, en India, con carácter residual, existen ejemplos de aplicación del apotegma “*de minimis praetor non curat*” al abuso de posición de dominio. Vid PATHASARATHY, S., *Competition law in India*, 4<sup>th</sup> ed, The Netherlands, Wolter Kluwer, 2017, p. 83.

<sup>728</sup> El título del precepto es “*Limited immunity in relation to the Chapter II prohibition*”. La literalidad de sus dos primeros apartados dice lo siguiente “*In this section conduct of minor significance means conduct which falls within a category prescribed for the purposes of this section. The criteria by reference to which a category is prescribed may, in particular, include: (a) the turnover of the person whose conduct it is (determined in accordance with prescribed provisions); (b) the share of the market affected by the conduct (determined in that way)*”.

<sup>729</sup> De hecho, lo que se excluye es la posibilidad de sanción, pero según afirma la *Office of Fair Trading* inglesa, se pueden adoptar otras medidas por parte de la ANC e incluso puede haber lugar a indemnización de daños y perjuicios a terceros perjudicados por la conducta. Vid OFFICE OF FAIR TRADING., *Enforcement: Incorporating the Office of Fair Trading's guidance as to the circumstances in which it may be appropriate to accept commitments* (OFT 407, 2004), apdo. 5.19. Disponible en [www.oft.gov.uk](http://www.oft.gov.uk) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021). Además, la inmunidad es totalmente disponible por parte de la ANC, la cual puede ser retirada si así lo estima. Se observa aquí otra evidencia más de que estamos ante un ilícito *antitrust* (apdo. 5.20 del documento citado en esta misma nota).

<sup>730</sup> Entre otros, BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Comentarios...”, cit., pp. 45-68; VICIANO PASTOR, J., “La explotación abusiva de la posición de dominio en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, en AA.VV (dir. RUIZ PERIS, J.I), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008, p. 67; MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 20 y PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 524-527.

<sup>731</sup> OFFICE OF FAIR TRADING OF U.K., *Enforcement: Incorporating the Office of Fair Trading's guidance...*, cit., apdo. 5.16. Disponible en [www.oft.gov.uk](http://www.oft.gov.uk) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021). Traducción propia.

parece por cuanto que en él no se afirma, al menos expresamente, que por menor importancia debemos entender una débil posición de las empresas. Quizás con su redacción el legislador pensó en las conductas abusivas que se producen en mercados conexos<sup>732</sup>. Pero también dicha previsión podría amparar la posibilidad de que existan abusos de posición de dominio *de minimis* sobre la base de una noción *cualitativa* de conducta concurrencial inapreciable. De hecho, si atendemos al RDC, somos de la misma opinión que quienes han defendido que la única vía posible para encontrar un hipotético abuso de posición de dominio en el ordenamiento jurídico español es el contexto jurídico y económico, en relación con el art. 3 RDC<sup>733</sup>.

De caber esta misma posibilidad en sede comunitaria, no sería posible descartar la doctrina *de minimis* en la aplicación del art. 102 TFUE. Y es que una cosa es que sea inviable una noción puramente cuantitativa de la menor importancia en lo que atañe al art. 102 TFUE, pues a ella se opone el concepto mismo de posición dominante, y otra cosa distinta que sea posible hablar de menor importancia *ex art.* 102 TFUE desde un enfoque cualitativo de las conductas *de minimis*.

En efecto, la existencia de una posición dominante no impide que se determine lo sensible o apreciable por criterios cualitativos diversos de la cuota de mercado<sup>734</sup>. En este sentido, son numerosos los pronunciamientos que se acercan a una concepción cualitativa de conducta *de minimis*. Sirvan como ejemplo los asuntos *Béguelin*, *Delimitis*, *Pavel Paulov*, *CMA*, *NSO*, *Langnese o European Night Services* que ya han sido comentados más arriba [*supra*, III, 1.2]<sup>735</sup>.

Como la sensibilidad no queda circunscrita a la posición que ocupan las empresas en el mercado relevante, sino que impera un análisis casuístico que a veces incluso tiene por objeto determinar la propia existencia de la restricción de la

<sup>732</sup> WHISH, R., “Article 102...”, cit., pp. 651-660; VICIANO PASTOR, J., “La explotación...”, cit., p. 67 y PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 524-527.

<sup>733</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., p. 527 y BAENA, R., “Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspecto generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, en AA. VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2017, p. 436; ALLENDESALAZAR CORCHO, R y VALLINA ÁLVAREZ, R., “Artículo 2 de la LDC: Abuso de posición de dominio. De julio de 2008 a julio de 2009”, en AA.VV (coord. BACHES OPI, S), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Balance de aplicación*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 205-206; CAMPO FANLO, C., “Tratamiento de las conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y en el Reglamento que la desarrolla”, en AA.VV (coord. CREUS, A), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 246-247 y PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 83.

<sup>734</sup> CASPARI, M., “EEC Enforcement...”, cit., p. 605; MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 20 y ALLENDESALAZAR CORCHO, R y VALLINA ÁLVAREZ, R., “Artículo 2...”, cit., pp. 205-206.

<sup>735</sup> SSTJUE de 25 de noviembre de 1971, *SA Béguelin* (asunto C-22/71); de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu* (asunto C-234/89); de 12 de septiembre de 2000, *Pavel Pavlov* (asuntos C-180/98 y C-184/98); de 10 de diciembre de 1985, *NSO* (asunto C-260/82). También SSTPI de 19 de marzo de 2003, *CMA CGM and others* (asunto T-213/00); de 8 de junio de 1995, *Langnese-Iglo* (asunto T-7/93) y de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asunto T-374-375/99).

competencia (y no tan solo su carácter sensible), *no cabe descartar la aplicación de la doctrina de minimis al ilícito del art. 102 TFUE, esgrimiendo para ello como fundamento únicamente la concurrencia de una posición de dominio*. Ciertamente es que ésta impide por completo la aplicación de criterios cuantitativos asociados a la débil posición en el mercado de la autora del comportamiento concurrencial. Sin embargo, *no prejuzga* la consideración de otros elementos o parámetros de valoración diferentes tales como la duración de la práctica o el mercado cubierto por la conducta presuntamente abusiva<sup>736</sup>.

No en vano, como hemos tenido oportunidad de constatar en las páginas anteriores, en sede del art. 101 TFUE la jurisprudencia demuestra que la doctrina *de minimis* es permeable a otros conceptos del Derecho *antitrust* tales como el análisis contrafactual, el contexto jurídico y económico, los efectos favorables para la competencia, así como a algunos criterios cualitativos ajenos a las Comunicaciones de menor importancia.

A este respecto, debemos recordar el asunto *NSO*. En él, el TJUE toma en consideración el contexto jurídico y económico para decidir si un acuerdo restringe la competencia de forma apreciable<sup>737</sup>. Es más, las palabras del órgano jurisdiccional (a las que nos referimos *supra*, al abordar los criterios determinantes de la menor importancia), no dejan ningún atisbo de duda, en la medida en que el carácter sensible de la competencia precisa tener en cuenta el contexto de la conducta de la que deriva la restricción concurrencial<sup>738</sup>. En sede del art. 101 TFUE cabe, por tanto, la posibilidad de que un descuento menor del finalmente adoptado en este asunto sea calificado como de escasa importancia. Y esto con cierta independencia respecto de la posición que ocupan en el mercado las partes que suscriben el acuerdo.

A tenor de lo expuesto, es conveniente y procedente que nos preguntemos si un descuento poco significativo en un sistema de fidelización emprendido por una empresa con posición de dominio debería recibir el mismo trato<sup>739</sup>. En otros términos: surge la duda razonable acerca de si cualquier tipo de sistema de descuento realizado por una empresa fuerte debe ser calificado como abuso o si, en cambio, es necesario estudiar las características concretas del mismo para poder concluir que el

<sup>736</sup> VALLINA, R., “¿De minimis...”, cit., p. 60. La cobertura del mercado la entendemos aquí como criterio cualitativo, en la medida que versa sobre la práctica enjuiciada y no sobre la posición de la empresa.

<sup>737</sup> Aquí adquieren aún más sentido las palabras de PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., p. 527 cuando alude al contexto jurídico y económico al hablar del abuso de posición de dominio *de minimis* que prevé el ordenamiento español.

<sup>738</sup> STJUE de 10 de diciembre de 1985, *NSO* (asunto C-260/82), apdo. 46º.

<sup>739</sup> En efecto, en el asunto *Velux* la CE decidió su archivo sobre la base, entre otros aspectos, del carácter poco significativo del descuento. Sobre los sistemas de descuentos de fidelización en el Derecho *antitrust*, vid MARINOVA, M., *Fidelity rebates in Competition Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2019.

comportamiento no solo es formalmente anticompetitivo, sino también particularmente peligroso para la competencia funcional.

A la resolución *NSO* habría que añadir la STJUE sobre el asunto *Pav Paulov*<sup>740</sup>. No en vano, en ella *ni siquiera se alude a la cuota de mercado* constreñida por la decisión (que era bastante elevada) *a la hora de concluir que la misma reviste un carácter inapreciable* para la competencia. De modo que surge aquí otra duda razonable: si es posible que un acuerdo que concierne prácticamente a todo el mercado sea reputado como de menor importancia, ¿cómo se puede afirmar que el disfrute de una posición de dominio por parte de una empresa es un obstáculo insalvable para que un comportamiento realizado por ella pueda ser considerado como *de minimis*?

Como hemos tratado de argumentar con anterioridad, la cuota de mercado y los umbrales fijados en la Comunicación *de minimis* no lo son todo, sino tan solo un parámetro más que ha de entrar en juego junto a otros elementos de valoración de distinta naturaleza<sup>741</sup>. De ahí que la posición de dominio a la que alude el art. 102 TFUE imposibilite la utilización de los criterios cuantitativos *de minimis*, pero que no haga inviable inexorablemente el recurso a otros criterios cualitativos<sup>742</sup>.

Un ejemplo concreto de elemento cualitativo digno de consideración es la duración de la práctica perseguida. Como se sabe, esto en sede del art. 101 TFUE no representa ninguna novedad. A mayor duración de la práctica restrictiva, mayor es su capacidad para afectar sensiblemente a la competencia. Por el contrario, a menor duración, menor probabilidad de que ésta posea impacto *antitrust*. El fundamento de esta solución se encuentra formulado en el caso *Delimitis*<sup>743</sup>, reiterado con posterioridad en el asunto *Langnese*<sup>744</sup>.

Recordemos que en ambos procedimientos el TJUE sostuvo que una cuota de mercado elevada no permite por sí sola concluir que los contratos sean contrarios al art. 101.1 TFUE. Por consiguiente, si la duración del acuerdo tiene cierta incidencia en el carácter apreciable del ilícito del art. 101 TFUE, merece la pena al menos contemplar la posibilidad de que también la tenga en el comportamiento abusivo. Más adelante, cuando abordemos el caso *Intel*, comprobaremos, de hecho, cómo el análisis

<sup>740</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2000, *Pavel Pavlov* (asuntos C-180/98 y C-184/98).

<sup>741</sup> Cabe recordar que este escaso apego del TJUE con los umbrales de la Comunicación *de minimis* queda del todo patente en *European Night Services*. En él, la CE mantuvo que una cuota del 5% justifica que se considere que esas empresas pueden afectar de forma sensible a la competencia. Esta opinión, sin embargo, no es compartida por el órgano jurisdiccional, quien considera que la mera posibilidad de alcanzar o incluso superar el límite del 5% no permite concluir con certeza que la prohibición del art. 101.1 TFUE sea aplicable. Vid STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94).

<sup>742</sup> VALLINA, R., “¿De minimis...”, cit., p. 60.

<sup>743</sup> STJUE de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu* (asunto C-234/89).

<sup>744</sup> STPI de 8 de junio de 1995, *Langnese-Iglo* (asunto T-7/93).

dirigido a aplicar el art. 102 TFUE no es ajeno a la duración del comportamiento enjuiciado [*infra*, 2.2]<sup>745</sup>.

De hecho, la propia CE reconoce que una conducta *presuntamente* abusiva puede no tener una probabilidad suficiente de dar lugar a un cierre anticompetitivo merced a diferentes factores, entre los que se encuentra la duración de la práctica<sup>746</sup>. De esta forma, la CE nos dice que un comportamiento, a pesar de ser *formalmente* anticompetitivo, podría no ser un abuso si atendemos al caso concreto, en el cual se deben considerar circunstancias tales como la posición de la empresa dominante, las condiciones del mercado de referencia, la posición de los competidores, la posición de los clientes o de los proveedores y, sobre todo, el alcance de la conducta presuntamente abusiva. Sobre este último la CE afirma que “generalmente cuanto mayor es el porcentaje de ventas totales en el mercado de referencia afectadas por la conducta, mayor es su duración y cuanto más regularmente se ha aplicado, mayor es el efecto probable de cierre del mercado”<sup>747</sup>. Ejemplo práctico del empleo de esta Comunicación es el caso *Velux*, de 2009, el cual se archivó sin la imposición de ninguna multa<sup>748</sup>.

Por tanto, a la vista de la jurisprudencia del TJUE, cabe concluir que el concepto de posición dominante imposibilita la aplicación de los criterios cuantitativos de la doctrina de la menor importancia asociados a la cuota de mercado. Sin embargo, no excluye que puedan establecerse conductas insignificantes por medio de criterios cualitativos.

En nuestra opinión, existe un fundamento incuestionable que avala la idea anterior. Como se ha repetido en incontables ocasiones tanto por los tribunales como por la doctrina, la mera existencia de una posición de dominio no es reprochable<sup>749</sup>. Ahora bien, si consideramos que todo comportamiento *formalmente* abusivo reviste carácter apreciable simplemente por el hecho de ser puesto en práctica por una empresa con posición dominante, el resultado sería demasiado similar a la “criminalización” de los operadores de mayor envergadura de cada mercado

<sup>745</sup> STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corporation* (asunto C-413/14) y STGUE de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation* (asunto T-286/09, Renv), apdos. 143º-145º.

<sup>746</sup> Comunicación de la CE en materia de orientaciones sobre las prioridades de control de la CE en su aplicación del artículo 82 del Tratado a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DOUE C-45, de 24 de febrero de 2009), apdo. 20º.

<sup>747</sup> *Ibidem*, apdo. 20º.

<sup>748</sup> Asunto *Velux*. Sobre la relación entre este caso y la Comunicación en materia de orientaciones sobre las particularidades de control de la CE en su aplicación del art. 82 del Tratado, *vid* ALBAEK, S y CLAICI, A., “The Velux case: an in-depth look at rebates and more”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2009, pp. 44-47. Disponible en [ec.europa.eu/competition/publications](http://ec.europa.eu/competition/publications) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021).

<sup>749</sup> STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corporation* (asunto C-413/14) y STGUE de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation* (asunto T-286/09, Renv). Entre otros muchos autores, FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia...*, cit., p. 247; BARAZZA, S., “Post Denmark: The CJEU Calls for an Effect-Based assessment of pricing policies”, *JECL&P*, Vol. 3, núm. 5, 2012, p. 467 y BAENA, R., “Prohibición del abuso...”, cit., p. 433, etc. También se hace referencia a esta idea en la Comunicación de la CE en materia de orientaciones sobre las prioridades de control de la CE en su aplicación del artículo 82 del Tratado a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DOUE C-45, de 24 de febrero de 2009), apdo. 1º.



relevante<sup>750</sup>. Esta es la razón por la que se hace imprescindible estudiar si es posible contemplar criterios cualitativos *ex art. 102 TFUE* o si, por el contrario, el otro elemento del tipo, esto es, el abuso, excluye dicha posibilidad.

## 2. El concepto de abuso y los criterios que determinan qué es una conducta *de minimis*

Acabamos de concluir que la posición dominante veta la posibilidad de utilizar los criterios cuantitativos de la doctrina *de minimis ex art. 102 TFUE*. Pero, aunque estos criterios son los más populares, existen otros de carácter cualitativo que permiten determinar cuándo una conducta es inapreciable para la competencia. Por este motivo, es necesario estudiar la relación entre estos criterios cualitativos y el concepto de abuso. Merced a dicha relación, surgen dos alternativas: 1ª) que el concepto de abuso impida tomar en consideración criterios cualitativos, al entender que la propia idea de conducta abusiva ya albergue un carácter apreciable para la competencia; 2ª). que este segundo elemento del tipo (el abuso) sea permeable a la casuística del caso concreto y a circunstancias tales como la duración o la cobertura del abuso.

En nuestra opinión, ninguna de estas opciones es plenamente satisfactoria. Por el contrario, abogamos por una solución intermedia. En primer lugar, estamos de acuerdo en que una vez demostrado el abuso dicho elemento del tipo encierra en sí mismo una conducta que *necesariamente ha de ser apreciable*. Sin embargo, no por ello dejamos de considerar que, *previamente*, esto es, con anterioridad a concluir que existe ese abuso, se han debido de valorar todos aquellos criterios cualitativos que cuestionan que la conducta *formalmente* abusiva lo es también *de facto* en el caso particular<sup>751</sup>.

A esta teoría llegamos a través del estudio de dos casos concretos relativos a determinados sistemas de descuentos. Por un lado, el asunto *Post Danmark II*, que nos permite concluir que los elementos cualitativos de los que venimos hablando tienen cabida en el art. 102 TFUE, aunque a priori de las palabras literales del TJUE pueda

---

<sup>750</sup> Al respecto, no hay que pasar por alto que en la UE se ha considerado tradicionalmente que la presencia de compañías dominantes debilita el proceso competitivo y que por ello la empresa que disfruta de dicha posición tiene una especial responsabilidad (STJUE de 9 de noviembre de 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin* (asunto Case-322/81)). Sin embargo, esa visión negativa hacia las compañías dominantes ha quedado desfasada en la medida que la teoría económica y la experiencia han demostrado que la dinámica concurrencial puede funcionar bien incluso en mercados que cuentan con tan solo algunos pocos operadores de gran tamaño. Al respecto, NIELS, G., “The *Post Danmark II* judgement: effects analysis in abuse of dominance cases”, *Oxera*, 25 de octubre, 2015. Disponible en [www.oxera.com](http://www.oxera.com) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021).

<sup>751</sup> Considera que una conducta abusiva para quedar prohibida no puede revestir un carácter meramente insignificante CASPARI, M., “EEC Enforcement...”, cit., pp. 605-606.

deducirse lo contrario [*infra*, 2.1]<sup>752</sup>. Por otro lado, el supuesto enjuiciado en el caso *Intel*, que viene a confirmar nuestras sospechas, ya que anula una sentencia del TJUE precisamente *por no tomar en consideración estos criterios cualitativos* [*infra*, 2.2]<sup>753</sup>.

De ambos pronunciamientos y de todo lo expuesto con anterioridad concluimos que, en efecto, un abuso de posición dominante no puede ser una conducta *de minimis*, pero *anticipadamente*, al decidir si existe abuso, se ha tenido que descartar que concurren circunstancias que pongan de manifiesto que el comportamiento formalmente abusivo es incapaz de afectar a la competencia funcional de una manera que pueda calificarse como tal en el caso concreto. De este modo, el carácter significativo de la restricción de la competencia estaría presente en el art. 102 TFUE, pero infiltrado<sup>754</sup>.

### 2.1. El asunto *Post Danmark II*

La posibilidad de aplicar la doctrina *de minimis* en sede del art. 102 TFUE, ya sea en su vertiente cuantitativa o cualitativa, encuentra en la jurisprudencia del TJUE un obstáculo aparente. Nos referimos, concretamente, a la sentencia del asunto *Post Danmark II*<sup>755</sup>. No en vano, de su interpretación literal se desprende inequívocamente la imposibilidad de que un abuso de posición de dominio tenga efectos concurrenciales meramente insignificantes.

No obstante, esta simplicidad bien merece un análisis más profundo, pues no falta quien considera que la solución a este caso está lejos de seguir una aproximación

<sup>752</sup> STJUE de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark II* (asunto C-23/14). Comentada por NIELS, G., “The *Post Danmark II*...”, cit.; VENIT, J.S., “Making sense of *post Danmark I* and *II*: Keeping the hell fires well stoked and burning”, *JECL&P*, Vol. 7, núm. 3, 2016, pp. 165-179; TOTH, A., “CJEU Judgement in *Post Danmark II*: Role of economic evidence in competition cases”, *European networks law and regulation quarterly*, núm. 4, 2015, pp. 266-273; SIDIROPOULOS, K., “*Post Danmark II*: A clarification of the Law on rebates under article 102 TFUE”, *European Law Blog. News and comments on EU law*, 11 de diciembre, 2015. Disponible en [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021); MARINOVA, M., *Fidelity rebates...*, cit., pp. 116-118; BLÖNDAL, M., *The legality on rebates under Post Danmark II*. Master Tesis dirigida por NOWAG, J, Lund University, Suecia, 2016, pp. 52-53. Disponible en [www.lup.lub.lu.se](http://www.lup.lub.lu.se) (Consultada por última vez el 14 de julio de 2021) e IBÁÑEZ COLOMO, P., “Case C-23/14, *Post Danmark A/S v Konkurrenceradet*: first thoughts on the judgement”, *Chillin’Competition*, 6 de octubre, 2015. Disponible en [chillingcompetition.com](http://chillingcompetition.com) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021).

<sup>753</sup> STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corporation* (asunto C-413/14) y STGUE de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation* (asunto T-286/09, Renv). Comentada por IBÁÑEZ COLOMO, P., “The future of article 102 TFEU after *Intel*”, *JECL&P*, Vol. 9, núm. 5, 2018, pp. 293-303; FERNÁNDEZ VICIÉN, C., “*Intel*, segunda temporada”, en AA.VV. (dir. RECUERDA GIRELA, M.A), *Anuario de Derecho de la competencia 2018*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 135-150 y CARLI, C y PARDOLESI, R., “*Intel* and the Tale of Rebates: The (More) Economic Approach to the Rescue”, *ENR: Antitrust*, núm. 10, 2017.

<sup>754</sup> Así lo mantiene también SIDIROPOULOS, K., “*Post Danmark II*...”, cit., quien asegura que se introduce la doctrina *de minimis* también en el art. 102 TFUE por la “puerta de atrás” (“*through the back door*”).

<sup>755</sup> STJUE de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark II* (asunto C-23/14).

formal al ilícito consistente en la explotación abusiva de una posición dominante<sup>756</sup>. Es más, no es ningún secreto que en este asunto los jueces del TJUE estaban profundamente divididos entre quienes apoyaban una aproximación ortodoxa al art. 102 TFUE y quienes, por el contrario, deseaban una modernización. De modo que para lograr un cierto consenso no quedó otra salida que ofrecer un resultado algo contradictorio y confuso<sup>757</sup>. No es de extrañar entonces que se haya introducido el test de sensibilidad en el art. 102 TFUE por la “puerta trasera”, como parte del examen del propio concepto de abuso<sup>758</sup>.

Este análisis en profundidad de la STJUE en el asunto *Post Danmark II* en relación con el carácter apreciable de la restricción de la competencia gira en torno a tres cuestiones principales: 1ª) la coherencia con sus precedentes jurisprudenciales más significativos: los casos *Hoffmann-La Roche* y *Tomra*<sup>759</sup>. 2ª). la incidencia en el enjuiciamiento *de minimis* del conjunto de circunstancias consideradas a la hora de valorar la licitud del sistema de descuento; y, 3ª) la referencia a la propia naturaleza de la conducta cuando el TJUE descarta la posibilidad de aplicar la doctrina *de minimis*. Antes de empezar a tratar estos extremos, conviene fijar, empero, cuáles fueron los hechos que dieron lugar a la controversia reseñada.

El supuesto de hecho de la sentencia referida trata sobre un sistema de descuento por volumen de ventas anual en la distribución de correo directo para el área metropolitana de Copenhague. Dicho sistema se comenzó a aplicar por la empresa dominante (con un 95% de cuota de mercado) y ofrecía descuentos que oscilaban entre el 6% y el 16%. Su aplicación práctica se realizaba de modo que el precio de cada cliente se establecía por anticipado, al principio de cada ejercicio en función del volumen de contratación previsto. No obstante, al final del año se adaptaban todos los precios con carácter retroactivo, atendiendo a los envíos efectivamente realizados. Así, era posible que el cliente tuviese que pagar un complemento si el volumen efectivo era inferior al previsto.

En opinión de la ANC danesa, este sistema de descuento constituía un abuso de posición dominante porque generaba un efecto de exclusión en el mercado. Esta conclusión se fundamentó en la posición especial de *Post Danmark*, en la existencia de barreras de entrada, en la cuantía del descuento y, sobre todo, en el carácter retroactivo del sistema en relación con el periodo de referencia de un año. El órgano jurisdiccional

<sup>756</sup> NIELS, G., “*The Post Danmark II...*”, cit.; SIDIROPOULOS, K., “*Post Danmark II...*”, cit. y VENIT, J.S., “*Making sense...*”, cit., p. 176.

<sup>757</sup> VENIT, J.S., “*Making sense...*”, cit., p. 176.

<sup>758</sup> BLÖNDAL, M., *The legality on rebates...*, cit.

<sup>759</sup> SSTJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche* (asunto C-85/76) y de 19 de abril de 2012, *Tomra Systems ASA and Others* (asunto C-549/10). Comentados, entre otros por MARINOVA, M., *Fidelity rebates...*, cit., pp. 17-19 y 30-33.

danés, sin embargo, decidió plantear una cuestión prejudicial sobre este asunto, que finalmente resultó ser una oportunidad histórica para entender la doctrina *de minimis*. Concretamente, solicitó que se precisase si, en relación con el art. 102 TFUE, el efecto de exclusión señalado tiene que sobrepasar un umbral de apreciabilidad para ser considerado contrario a la competencia.

En su respuesta, el TJUE sostiene que “no está justificada la fijación de un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) para determinar una explotación abusiva de una posición dominante. En efecto, esta práctica contraria a la competencia puede, por su propia naturaleza, provocar restricciones de competencia significativas, e incluso eliminar la competencia en el mercado en el que opera la empresa de que se trate”<sup>760</sup>.

De la afirmación precedente surgen precisamente las tres cuestiones adelantadas unas líneas más arriba y que seguidamente abordamos; recuérdese: 1ª) ¿es coherente este pronunciamiento con sus precedentes jurisprudenciales más significativos?; 2ª) ¿cuál es la justificación en virtud de la cual se descarta la aplicación de la doctrina *de minimis*?; 3ª) ¿qué significado podemos atribuir a la referencia que hace el TJUE a la “propia naturaleza” de la conducta?

a) La coherencia de *Post Danmark II* con los casos *Hoffmann-La Roche* y *Tomra*

Coincidimos con quien rechaza la aplicación de un umbral *de minimis* en sede del art. 102 TFUE sobre la base de las STJUE en los asuntos *Hoffmann-La Roche* y *Tomra*<sup>761</sup>. No en vano, en el primero de estos casos el TJUE afirmó que “dado que se trata de las actividades de una empresa en posición dominante en un mercado en el que por esa razón la estructura de la competencia ya está debilitada, toda restricción adicional de dicha estructura *puede* constituir una explotación abusiva de posición dominante”<sup>762</sup>.

No menos cierto es, sin embargo, que hay quien ha cuestionado que esa simple afirmación del TJUE tenga la trascendencia que se le atribuye a la hora de argumentar la innecesariedad de demostrar un efecto apreciable en sede del art. 102 TFUE<sup>763</sup>. Pero aunque la STJUE en *Hoffmann-La Roche* pueda calificarse como ambigua, la solución brindada al asunto *Tomra* despejaría cualquier duda sobre la poca conveniencia de fijar un umbral de apreciabilidad en los efectos de un abuso de posición de dominio. De ahí

<sup>760</sup> SSTJUE de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark II* (asunto C-23/14), apdo. 73º; de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche* (asunto C-85/76) y de 19 de abril de 2012, *Tomra Systems ASA and Others* (asunto C-549/10).

<sup>761</sup> VENIT, J.S., “Making sense...”, cit., p. 176.

<sup>762</sup> STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche* (asunto C-85/76), apdo. 123º. Énfasis añadido.

<sup>763</sup> WHISH, R., “Article 102...”, cit., p. 53 e ÍDEM., “*Intel v. Commission: Keep calm and carry on!*”, *JECL&P*, Vol. 6, núm. 1, 2015. p. 2.

que para entender correctamente el caso *Post Danmark II* sea ineludible estudiar previamente este asunto<sup>764</sup>.

En relación con el caso *Tomra*, debe mencionarse en primer lugar que la empresa enjuiciada alegó en su recurso ante el TJUE que el TGUE había omitido una motivación suficiente al apreciar que los acuerdos de exclusividad cubrían una parte suficiente de la demanda total como para restringir la competencia. Censuró que el órgano jurisdiccional emplease expresiones tales como “sustancial”, “distaba de ser pequeña” o “muy alta”. En suma, *Tomra* reprochó al TGUE no haber realizado el cálculo de la dimensión mínima necesaria para determinar que los acuerdos de exclusividad podían cerrar el mercado. Esto, como se desprende de las palabras del Abogado General, pretendía el reconocimiento de una regla *de minimis ex art. 102 TFUE*, hasta ese momento ciertamente inexistente<sup>765</sup>. Por este motivo, MAZÁK aprovechó la ocasión para hacer dos puntualizaciones:

1ª). El Abogado General cuestionó con dureza que la teoría de la sensibilidad tenga cabida en el art. 102 TFUE. Sostuvo que ésta fue formulada a propósito del art. 101 TFUE, esto es, para un ámbito en el que, por definición, una competencia ya existente y eficaz ha sido restringida mediante acuerdos. En cambio, en su opinión, en la medida en que una empresa dominante no está sujeta a una competencia efectiva, no puede sostenerse que ésta tan solo afecte al mercado de un modo inapreciable.

2ª). MAZÁK esgrimió que incluso en el supuesto de que fuese justificable no sancionar abusos de posición de dominio por sus efectos insignificantes, “sería artificial determinar a priori cuál es la parte vinculada del mercado por encima de la cual las prácticas de una empresa en posición dominante pueden tener un efecto de exclusión de los competidores”<sup>766</sup>.

Como venimos manteniendo, en nuestra opinión, no es posible descartar la aplicación del test de la sensibilidad o apreciabilidad en sede del art 102 TFUE amparándose únicamente en la posición de dominio. Esto equivale a criminalizar el mero logro de esta fortaleza en el mercado. La realidad es que dicha posición debe suponer la exclusión de criterios cuantitativos de la doctrina *de minimis*, pero no de parámetros de valoración cualitativos, pues estos se pueden tomar en consideración incluso cuando la cuota de mercado de las empresas que realizan la práctica sospechosa es elevada<sup>767</sup>.

<sup>764</sup> STJUE de 19 de abril de 2012, *Tomra Systems ASA and Others* (asunto C-549/10).

<sup>765</sup> Conclusiones del Abogado General MAZÁK, de 2 de febrero de 2012, *Tomra Systems* (asunto C-549/10), apdos. 17º y 18º.

<sup>766</sup> *Ibidem*, apdo. 20º.

<sup>767</sup> No en vano, EILMANSBERGER, T., “Dominance-The lost child? How effects-based rules could and should change dominance analysis”, *ECJ*, núm. 2, 2006, p. 22 ha señalado que las empresas con posición dominante

Pese a la afirmación anterior, compartimos la conveniencia de inaplicar cualquier umbral. A nuestro juicio, dicha solución es coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre el art. 101.1 TFUE. En efecto, en sede de pactos colusorios, el órgano jurisdiccional comunitario ha relativizado con frecuencia cualquier umbral empleado para dividir los comportamientos apreciables de los inapreciables<sup>768</sup>. De este modo, consideramos inadecuado el establecimiento de un porcentaje del mercado cubierto en virtud del cual se considere que un sistema de descuento es de menor importancia<sup>769</sup>. Eso siempre daría lugar a arbitrariedad. Ahora bien, eso no significa que la cobertura del mercado afectado sea siempre irrelevante y que cualquiera que sea ésta, por insignificante que pueda ser, haya de considerarse existente una explotación *abusiva* de la posición dominante.

De hecho, como ya dijimos anteriormente, la propia CE reconoce que una conducta *presuntamente* abusiva puede no tener una probabilidad suficiente de dar lugar a un cierre anticompetitivo merced a diferentes factores, entre los que se encuentra *el porcentaje de ventas totales en el mercado de referencia afectadas por la conducta*<sup>770</sup>. De esta forma, la CE nos advierte de que un comportamiento, a pesar de ser *formalmente* anticompetitivo, puede no ser un abuso atendiendo a esta circunstancia. Esto nos hace pensar que las palabras del Abogado General no deben interpretarse en el sentido de que la CE pueda omitir en su análisis este extremo. No obstante, tampoco implica que deba llevarse a cabo un análisis concreto de los efectos. Mucho menos aún que haya que determinar un porcentaje merced al cual un sistema de descuento o fidelización sea de menor importancia, sin atender, por ejemplo, a cuál es el mercado afectado y el resto de las circunstancias dignas de ser tomadas en consideración.

En palabras del TJUE, “únicamente un análisis de las circunstancias del caso concreto, como el realizado por la CE en la Decisión impugnada, puede permitir determinar si las prácticas de una empresa en posición dominante son aptas para excluir la competencia. Sin embargo, sería artificial determinar a priori cuál es la parte vinculada del mercado por encima de la cual las prácticas de una empresa en posición dominante pueden tener un efecto de exclusión de los competidores”<sup>771</sup>. A lo que añadió de forma expresiva que “la determinación de un umbral preciso de cierre del

---

también deben poder competir agresivamente y ganar. De lo contrario, estarían obligadas a realizar una competencia suave y dócil que difícilmente casa con el espíritu del Derecho *antitrust*.

<sup>768</sup> Entre otras, STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94).

<sup>769</sup> Habrá comprobado ya el lector que somos escépticos con los umbrales *de minimis*, y que desde luego, a nuestro juicio no agotan, ni de lejos, el contenido de la teoría de la sensibilidad. *Vid supra*, III.

<sup>770</sup> Comunicación de la CE en materia de orientaciones sobre las prioridades de control de la CE en su aplicación del artículo 82 del Tratado a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DOUE C-45, de 24 de febrero de 2009), apdo. 20°. Ejemplo práctico del empleo de esta Comunicación es el caso *Velux*, de 2009, el cual se archivó sin la imposición de ninguna multa. Sobre la relación entre este caso y la Comunicación en materia de orientaciones sobre las particularidades de control de la CE en su aplicación del art. 82 del Tratado CE, *vid* ALBAEK, S y CLAICI, A., “The *Velux*...”, cit., pp. 44-47)

<sup>771</sup> STJUE de 19 de abril de 2012, *Tomra Systems ASA and Others* (asunto C-549/10), apdo. 43°.

mercado no era indispensable” y que “el TGUE no vulneró su obligación de motivación al desestimar la referida alegación de las recurrentes”<sup>772</sup>.

En conclusión, de la STJUE del asunto *Tomra* se puede deducir inequívocamente que no es correcto establecer ningún tipo de umbral que determine cuándo un comportamiento es abusivo y cuándo no (segunda puntualización de MAZÁK). Esto coincide con lo aseverado en sede de acuerdos colusorios en *European Night Services* y con la opinión del Abogado General en el caso *Tomra*<sup>773</sup>. Pero en contraste, el órgano jurisdiccional guarda silencio (seguramente, de forma intencionada) acerca de si la teoría de la sensibilidad tiene cabida o no en el art. 102 TFUE (primera puntualización de MAZÁK). Con ello, se pone de manifiesto que *la cuestión del test de apreciabilidad es más complicada que la aplicación de ciertos umbrales preestablecidos*. Si no lo fuese, al TJUE le hubiese bastado con suscribir las palabras de la Abogacía General y afirmar que el test de sensibilidad no tiene cabida en el art. 102 TFUE.

- b) La incidencia en el enjuiciamiento *de minimis* del conjunto de circunstancias consideradas a la hora de valorar la licitud de un sistema de descuento

En lo relativo a la falta de justificación para aplicar la teoría de la sensibilidad en el art. 102 TFUE, lo cierto es que el TJUE, al resolver el caso *Post Danmark II*, no ofrece una argumentación suficientemente desarrollada y convincente que exponga los motivos por los que llega a esta conclusión<sup>774</sup>. De hecho, el TJUE únicamente conecta la innecesariedad de un umbral *de minimis* con la obligación de especial responsabilidad que recae sobre la empresa en posición de dominio<sup>775</sup>. De este modo, otorgando una trascendencia inapropiada a *Hoffmann-La Roche* y a las palabras del Abogado General en el asunto *Tomra*, criminaliza el simple logro de la posición dominante<sup>776</sup>. Esta argumentación no nos convence. Como venimos manteniendo, la constatación de la existencia de una posición de dominio ha de servir para descartar criterios cuantitativos relativos a la cuota de mercado, pero no debe prejuzgar la aplicación de los parámetros de valoración cualitativos.

Si nos fijamos en las conclusiones de la Abogada General se observa con facilidad que éstas son mucho más ricas en contenido que la STJUE, ya que sí ofrecen mayor claridad sobre este extremo. En palabras de dicha institución, “se han de

<sup>772</sup> *Ibidem*, apdo. 48°.

<sup>773</sup> STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94).

<sup>774</sup> Opinión compartida por SIDIROPOULOS, K., “*Post Danmark II*...”, cit. y BLÖNDAL, M., *The legality on rebates*..., cit., p. 53.

<sup>775</sup> STJUE de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark II* (asunto C-23/14), apdo. 72°.

<sup>776</sup> *Modus operandi* no compartido por EILMANSBERGER, T., “*Dominance*...”, cit., p. 22.

calificar como abusivos todos los sistemas de descuento de las empresas en posición dominante que puedan producir un efecto de exclusión y no solo aquellos cuyos efectos en la competencia sean o puedan ser graves o apreciables”<sup>777</sup>. Esto es debido a que “en el mercado de referencia la presencia de una empresa en posición dominante ya debilita su estructura de competencia”<sup>778</sup>. De forma que “toda restricción adicional de dicha estructura dentro del ámbito de aplicación del art. 102 TFUE puede constituir una explotación abusiva de posición dominante”<sup>779</sup>.

En opinión de KOKOTT, existen *dos motivos* merced a los cuales la prohibición de abuso de posición dominante del art. 102 TFUE no comprende conductas cuyos efectos anticompetitivos son meramente hipotéticos o de importancia secundaria. Dicho en otros términos, hay dos razones que hacen innecesario el test de apreciabilidad. La primera de ellas hace referencia a que los efectos de exclusión deben basarse en una consideración concreta del *conjunto de circunstancias relevantes del caso* y en el hecho de que estos efectos tienen que ser más probables que su ausencia. La segunda, sin embargo, alude al efecto sobre el comercio entre los EEMM<sup>780</sup>. Con todo, ahora nos interesa comentar especialmente el primer motivo señalado, esto es, la consideración concreta del conjunto de circunstancias relevantes.

En efecto, una lectura rápida de las conclusiones de la Abogada General y de la STJUE en el asunto *Post Danmark II* confirma que el test de la sensibilidad de la restricción de la competencia (o doctrina *de minimis*) únicamente concierne al ilícito *antitrust* del art. 101.1 TFUE, pero no al del art. 102 TFUE, tal como defendió MAZÁK en el asunto *Tomra*<sup>781</sup>. Sin embargo, si nos fijamos en la argumentación ofrecida por KOKOTT, nos daremos cuenta de que, en puridad, en sede del art. 102 TFUE sí que se lleva a cabo un examen de la apreciabilidad de la restricción, aunque no sea en el análisis de los efectos<sup>782</sup>. En especial, es en el conjunto de circunstancias relevantes donde podemos observar que la Abogada General utiliza criterios de

<sup>777</sup> Conclusiones de la Abogada General KOKOTT, de 21 de mayo de 2015, *Post Danmark II* (asunto C-23/14), apdo. 90°.

<sup>778</sup> *Ibidem*, apdo. 91°.

<sup>779</sup> *Ibidem*, apdo. 91°.

<sup>780</sup> Esta última idea, que ciertamente no es demasiado original, también ha sido esgrimida para justificar la exclusión de los umbrales *de minimis* de las restricciones por el objeto [*supra*, IV, 2)].

<sup>781</sup> Conclusiones del Abogado General MAZÁK, de 2 de febrero de 2012, *Tomra Systems* (asunto C-549/10), apdos. 17° y 18°.

<sup>782</sup> La jurisprudencia del TJUE en torno al abuso de posición de dominio ha tenido históricamente poca consideración hacia el análisis de los efectos o al bienestar del consumidor. Sin embargo, la Comunicación de la CE en materia de orientaciones sobre las prioridades de control de la CE en su aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, de 24 de febrero de 2009, pone el foco en los efectos para la competencia y los consumidores, independientemente de que dificulte la vida a los competidores. De este modo, si una práctica es improbable que anule la competencia *en una parte significativa del mercado* o si genera eficiencias para los consumidores, la intervención administrativa puede no ser necesaria aún cuando algunos competidores particulares se vean damnificados. En este sentido, *vid* NIELS, G., “The *Post Danmark II*...”, cit.



evaluación que bien podrían pertenecer a los parámetros de valoración cualitativos de la doctrina *de minimis*<sup>783</sup>.

En rigor, KOKOTT toma en consideración que el efecto de fidelización producido con el sistema de descuentos es tanto más acusado cuanto mayores son los descuentos esperados y cuanto más amplio es el período de referencia al que se retrotraen<sup>784</sup>. De modo que es de suponer que si el descuento fuese relativamente bajo y/o el período de referencia más corto, la conducta podría considerarse un comportamiento no abusivo. La interpretación de la Abogada General, sin embargo, es que estas particularidades del caso concreto *no forman parte de la doctrina de la menor importancia*, sino que simplemente son “circunstancias” que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar si un sistema de descuento es abusivo. De modo que, aunque la doctrina *de minimis* no resulte aplicable, sí se exige un requisito de materialidad o de probabilidad de un efecto potencial mínimo, como ya había advertido tiempo atrás algún autor<sup>785</sup>.

La duración y la cobertura de la práctica, como se ha señalado, están contemplados en la Comunicación de la CE en materia de control de abusos de posición de dominio<sup>786</sup>. De esta forma, concebimos esta orientación de la CE como una especie de “comunicación *de minimis*” en materia de abuso de posición de dominio. En ella, destacan parámetros de valoración cualitativos que pueden poner en cuestión el carácter abusivo de un comportamiento *formalmente* anticompetitivo. En todo caso, parece que impone una cierta obligación a la CE de, al menos, no obviar por completo estas circunstancias.

En consecuencia, consideramos que, formalismos al margen, *no quedan prohibidas por el Derecho antitrust comunitario aquellas conductas que, según criterios cualitativos, no afectan de forma sensible a la competencia*<sup>787</sup>. Dicho de otro modo: la teoría de la apreciabilidad se aborda forzosamente en el contexto del examen de “todas las circunstancias”<sup>788</sup>. El análisis del carácter apreciable de la restricción

<sup>783</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “Case C-23/14, *Post Danmark*...”, cit. y BLÖNDAL, M., *The legality on rebates*..., cit., p. 53. Por la doctrina española, en efecto, se ha señalado que podría ser reputada *de minimis* una conducta abusiva cuyos efectos se despliegan sólo durante un corto período de tiempo, *vid* VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., p. 60. En contra, MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 20. Por su parte, CAMPO FANLO, C., “Tratamiento...”, cit., p. 246, ha señalado al respecto que la ANC francesa, por ejemplo, ha indicado que una conducta abusiva no afecta de forma significativa a la competencia si su duración se reduce a un período muy corto de tiempo.

<sup>784</sup> Conclusiones de la Abogada General KOKOTT, de 21 de mayo de 2015, *Post Danmark II* (asunto C-23/14), apdo. 38º.

<sup>785</sup> SINCLAIR, D., “Abuse of dominant at a crossroads- potential effect, object and appreciability under article 82 EC”, *ECLR*, Vol. 25, núm. 8, 2004.

<sup>786</sup> Comunicación de la CE en materia de orientaciones sobre las prioridades de control de la CE en su aplicación del artículo 82 del Tratado a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DOUE C-45, de 24 de febrero de 2009), apdo. 20º

<sup>787</sup> Opinión compartida por SIDIROPOULOS, K., “*Post Danmark II*...”, cit.

<sup>788</sup> *Ibidem*, cit.

concurrential ya está incluido en la búsqueda del abuso<sup>789</sup>. Precisamente porque el TJUE reconoce la necesidad de un cuidadoso análisis del impacto de la práctica en el proceso competitivo que tenga en cuenta “todas las circunstancias”, las referencias a la doctrina *de minimis* y a la apreciabilidad tienen poca (o ninguna) relevancia práctica<sup>790</sup>.

En realidad, *Post Danmark II* viene a decir (a nuestro juicio, acertadamente) que una vez demostrado el abuso y la posición de dominio, no cabe sostener que los efectos son insignificantes. Ahora bien, esto no significa que los criterios del test de la apreciabilidad no interesen de ningún modo al art. 102 TFUE. Antes bien, la CE y las ANC no deben pasarlos por alto en la medida en que, junto a otros factores, pueden ser determinantes para averiguar si un comportamiento es o no abusivo. De esta manera, aunque *a priori* pareciera lo contrario, el art. 102 TFUE no es ajeno a un enfoque cualitativo de la doctrina *de minimis*.

c) Referencia a la “propia naturaleza” de la conducta cuando se descarta la aplicación de la doctrina *de minimis*

En tercer lugar, si reflexionamos sobre la propia naturaleza de la conducta a la que alude el TJUE en *Post Danmark II*, somos de la misma opinión que quienes han descubierto un cierto paralelismo en la solución ofrecida en este asunto y el caso *Expedia*<sup>791</sup>.

En efecto, el supuesto de origen danés parece un obstáculo a que los factores particulares de cada caso sean tomados en consideración en el análisis que determina si una práctica es capaz o no de restringir la competencia. Puede entenderse entonces que cuando el TJUE afirma que no es necesario demostrar un efecto apreciable para aplicar el art. 102 TFUE, en realidad con ello quiere decir que estos criterios cualitativos nunca pueden ser lo suficientemente insignificantes como para descartar la aplicación de este precepto. No obstante, un cuidadoso análisis de la jurisprudencia del art. 101.1 TFUE sugiere que *Post Danmark II no imposibilita que las firmas dominantes cuestionen la presunción de capacidad de afectar a la competencia sobre la base de ciertos criterios cualitativos*<sup>792</sup>.

Si tomamos en consideración el asunto *Expedia*, un acuerdo que restringe la competencia por el objeto parece capaz de tener efectos anticompetitivos, y por ello,

<sup>789</sup> BLÖNDAL, M., *The legality on rebates...*, cit., p. 53.

<sup>790</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “Case C-23/14...”, cit.

<sup>791</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “The future...”, cit., p. 301 y WHISH, R., “Article 102...”, cit., p. 56.

<sup>792</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P., “The future...”, cit., p. 301 y MONTI, G., “Article 102: sources of interpretation”, en AA.VV (eds. LUIGI PARCU, P; MONTI, G y BOTTA, M), *Abuse of dominance in EU Competition Law: Emerging trends*, UK, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 47-48.

no resulta aplicable en ese supuesto ningún umbral *de minimis*. No obstante, la jurisprudencia es tajante al considerar que siempre es posible que las partes de un acuerdo que, *prima facie*, es calificado como una restricción por el objeto demuestren, a tenor de su contexto jurídico y económico, que la práctica en cuestión no es capaz de tener efectos anticompetitivos<sup>793</sup>. De ahí que hayamos defendido en páginas anteriores que la doctrina *de minimis* derivada del art 101.1 TFUE alcanza en realidad a toda restricción de la competencia, ya sea por el objeto o por el efecto<sup>794</sup>. La diferencia estriba en que en el primer caso el carácter sensible se analiza atendiendo al contexto económico, mientras que en el segundo supuesto se estudia en el examen de los efectos<sup>795</sup>.

A la vista de esta interpretación, se comprueba que el caso *Post Danmark II*, al igual que ocurre en el asunto *Expedia* en materia de acuerdos colusorios, no imposibilita que el art. 102 TFUE sea permeable a los criterios cualitativos que en ciertas ocasiones han sido empleados por el TJUE al aplicar la doctrina *de minimis* o el test de la apreciabilidad. Antes bien, las conclusiones de la Abogada General reparen en ellos para determinar si la conducta es una restricción de la competencia o no. De modo que un abuso de posición de dominio no puede ser de menor importancia en sede comunitaria; aunque también es cierto que para concluir precisamente que estamos ante un abuso se ha tenido que comprobar, previamente, que no existen criterios cualitativos que puedan cuestionar razonablemente que la conducta sea capaz de restringir la competencia dinámica o practicable<sup>796</sup>.

En conclusión, somos de la opinión de que tanto las restricciones por el objeto *ex art 101 TFUE* como los abusos de posición de dominio *ex art. 102 TFUE* que lo son *formalmente*, pueden no serlo en el caso particular merced a ciertos criterios cualitativos propios de un enjuiciamiento *de minimis*<sup>797</sup>. En el primer caso estos pormenores son estudiados en el contexto jurídico y económico, mientras que en el segundo lo serán en el conjunto de circunstancias que rodean al supuesto concreto en relación con el concepto de abuso. En cualquier caso, la demostración de una

<sup>793</sup> IBAÑEZ COLOMO, P., “The future...”, cit., p. 301. En la jurisprudencia cabe resaltar la STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (asunto C-228/18), tal como se ha expuesto *supra*, IV, 3.

<sup>794</sup> *Vid, supra*, IV, 3.

<sup>795</sup> Curiosamente, al abordar la regulación española, PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., p. 527 afirma que si se pudiese considerar un abuso de posición de dominio como una conducta *de minimis*, esto se debería de analizar por la vía de su contexto jurídico y económico, conforme al art. 3 RDC.

<sup>796</sup> La referencia a una competencia practicable se debe, como se sabe, a que el art. 102 TFUE no consagra un sistema puro de protección de la libre competencia, como ha señalado, entre otros muchos FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia...*, cit., p. 246.

<sup>797</sup> Coincide con nosotros, al menos en lo que respecta al abuso, CASPARI, M., “EEC Enforcement...”, cit., pp. 605-606. En contra de un análisis formalista y defensor de un examen basado en los efectos incluso en algunos casos enjuiciables sobre la base del art. 102 TFUE, entre otros, EILMANSBERGER, T., “Dominance...”, cit., *passim*.

afectación apreciable o significativa de la competencia parece *un requisito omnipresente en la legislación de competencia de la UE*<sup>798</sup>.

De modo que habrá que tomar en consideración todos esos criterios antes de concluir que una restricción según su contexto jurídico y económico lo es por su objeto, que una práctica potencialmente ilícita realizada por una empresa con posición dominante realmente es un abuso o que los efectos anticoncurrenciales de una restricción que no lo es por su objeto son apreciables. La sensibilidad se presenta, por tanto, como un concepto *omnipresente* en el Derecho *antitrust*. Pero, sobre todo, se nos muestra como una *realidad polifacética* que se adapta a diversos análisis.

## 2.2. *La sentencia del asunto Intel y el rechazo a una concepción abstracta de la capacidad para restringir la competencia*

Realizadas las aclaraciones que anteceden, interesa ahora aclarar que el TJUE ha confirmado nuestra tesis en una ocasión. Nos referimos en particular al caso *Intel*<sup>799</sup>. Para tratar de entender la solución dada por el órgano jurisdiccional en este asunto, comentaremos brevemente el supuesto de hecho, el pronunciamiento del TGUE, las conclusiones del Abogado General WAHL y, sobre todo, la STJUE, donde se dictamina que el TGUE erró al no considerar parámetros de valoración cualitativos idénticos a aquellos que pueden demostrar que una conducta carece de importancia para la competencia. De este modo, es plausible desmontar, también en el contexto del art. 102 TFUE, la presunción de que ciertas prácticas formalmente abusivas sean capaces, en el caso concreto, de afectar realmente a la competencia efectiva, practicable o funcional.

El supuesto de hecho controvertido trata nuevamente sobre un sistema de descuentos condicionales. En esta ocasión, se animó a los compradores de CPU x86 a adquirir estos productos de la empresa *Intel*, en detrimento de su principal competidor, *AMD*. Dicho sistema es considerado abusivo por la CE en la medida en que los concibe como descuentos de exclusividad que *por su propia naturaleza* deben de calificarse como anticompetitivos cuando son adoptados por una empresa en posición de dominio. Dicho de otro modo, la CE asegura que es innecesario demostrar que pueden restringir la competencia. En contraposición, *Intel* alegó que únicamente pueden calificarse como abusivos tras examinar *la totalidad de las circunstancias* y su capacidad para restringir la competencia. Por este motivo, entre otros, recurrió la sanción al TGUE.

<sup>798</sup> WHISH, R., "*Intel v. Commission...*", cit. y SIDIROPOULOS, K., "*Post Danmark II...*", cit.

<sup>799</sup> STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corporation* (asunto C-413/14) y STGUE de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation* (asunto T-286/09, Renv).

La sentencia del TGUE dio la razón a la CE gracias a que empleó un enfoque clásico, tradicional u ortodoxo de los descuentos por fidelidad o de exclusividad<sup>800</sup>. *Grosso modo*, el órgano jurisdiccional estimó que, *por su propia naturaleza*, unos descuentos como los enjuiciados y puestos en práctica por una compañía en posición dominante pueden restringir la competencia. Por esta razón, también aseguró que la CE no quedaba obligada a examinar las circunstancias del caso en aras de demostrar que existía un concreto o posible efecto de exclusión de los competidores debido al sistema de descuentos. Para su fundamentación se apoyó, curiosamente, en las sentencias *Hoffmann-La Roche* y *Tomra*<sup>801</sup>.

Si bien es cierto que de manera generalizada este pronunciamiento recibió una opinión doctrinal negativa (lo que probablemente contribuyó a que más tarde el TJUE lo enmendase), debemos señalar que también hay autores que lo han defendido con solvencia. Hay quien, por ejemplo, considera que la CE y el TGUE deberían ser elogiados por “reafirmar la jurisprudencia del abuso de posición de dominio” en contra de la corriente más económica del Derecho *antitrust*, pues, en su opinión la “*more economic approach*” no es más económica que la jurisprudencia clásica del TJUE<sup>802</sup>. *Grosso modo*, se ofrecen como argumentos que apoyan esta tesis beligerante con la corriente “más económica” del Derecho *antitrust*, principalmente<sup>803</sup>: 1º). Todo el pensamiento humano se basa en categorías, por lo que la categorización de conductas prohibidas es inevitable. 2º). Es falso que la jurisprudencia más clásica considere los sistemas de descuento impulsados por empresas con posición de dominio como prohibidos *per se*. 3º). Una interpretación de la prohibición general que genere inseguridad jurídica es antieconómica y conlleva un alto riesgo.

En contraposición, *Intel* consideró que el TGUE actuó erróneamente al no tomar en consideración circunstancias tales como el insuficiente porcentaje del mercado cubierto por los descuentos controvertidos o la duración de las prácticas enjuiciadas. Así, puso de manifiesto que el mercado cubierto es inferior al constreñido por algunas conductas sancionadas con anterioridad, o que la duración individual de los acuerdos permitía a los clientes desvincularse fácilmente de sus pactos, como

<sup>800</sup> Sobre este particular, GERADIN, D., “The decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: where is the foreclosure and consumer harm?”, *JECL&P*, núm. 1, 2010, pp. 112-122; WHISH, R., “*Intel v. Commission...*”, cit.; FERNÁNDEZ VICIÉN, C., “Posición de dominio y políticas de precios y descuentos tras Intel”, en AA.VV (dir. RECUERDA GIRELA, M.A), *Problemas prácticos y actualidad del derecho de la competencia. Anuario 2015*, Madrid, Civitas, 2015, pp. 75-84; ÍDEM., “*Intel...*”, cit., pp. 135-150; CARLI, C y PARDOLESI, R., “*Intel and the Tale...*”, cit.; NIELS, G., “*The Post Danmark II...*”, cit y ALLAN, B., “*Loyalty and fidelity...*”, cit., pp. 50-59.

<sup>801</sup> SSTJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche* (asunto C-85/76), apdo. 90º y de 19 de abril de 2012, *Tomra Systems ASA and Others* (asunto C-549/10), apdos. 209-210º.

<sup>802</sup> WILS, W., “The judgement of the EU General Court and the So-Called more economic approach to abuse of dominance”, *World competition*, núm. 37, pp. 405-434. Para este autor, los motivos que verdaderamente explicarían el éxito de este grupo de pensadores son bastante oscuros: su carácter servil con los lobbies, el interés de los economistas por ampliar sus salidas profesionales, el de la mayoría de los académicos del Derecho *antitrust* en trabajar para las compañías de mayor dimensión e incluso la creencia entre los investigadores más jóvenes de que en una revisión por pares tendrá mayor probabilidad de éxito un artículo que parte de este enfoque.

<sup>803</sup> *Ibidem*, pp. 423 y ss.

demuestra el hecho de que la empresa *Dell* cambiase de proveedor optando por *AMD* en un momento en que los descuentos de *Intel* estaban a su máximo nivel. Por todo ello recurrió al TJUE, actuación procesal en la que la empresa logra un innegable éxito.

Así las cosas, WAHL expresó su opinión acerca del supuesto de hecho y la fundamentación jurídica del TGUE<sup>804</sup>. Empleo para ello un lenguaje “atrevido y valiente, fuera de la norma de aplicación sistemática de la prohibición *per se*, por su propia naturaleza, de los descuentos de exclusiva o de fidelidad”<sup>805</sup>. Tanto es así que no se ha dudado en afirmar que el razonamiento de este jurista ha resultado ser decisivo en la elaboración de una corriente jurisprudencial más enfocada a la ciencia económica<sup>806</sup>.

En efecto, el Abogado General reparó en la referencia a la sentencia del asunto *Hoffmann-La Roche* y llegó a la conclusión de que ésta era improcedente, puesto que, desde su punto de vista, el TJUE alcanzó sus conclusiones sobre la naturaleza restrictiva de aquél caso merced a *un detallado análisis del contexto jurídico y económico de los descuentos*<sup>807</sup>. Es más, incluso realizó una comparación entre los descuentos de fidelización y las restricciones por el objeto con arreglo al art. 101 TFUE<sup>808</sup>. Esto resulta de gran interés en la medida en que WAHL también fue el Abogado General en el disruptivo caso *Cartes Bancaires*, el cual, como ya sabemos, tuvo una influencia decisiva en la incorporación del análisis del contexto jurídico y económico al estudio de las potenciales restricciones por el objeto<sup>809</sup>. Por este motivo, la estrecha relación entre la teoría de la apreciabilidad en las restricciones por el objeto y en el abuso de posición de dominio nos parece fuera de toda duda razonable<sup>810</sup>.

En contraposición al artículo señalado en el *excursus* anterior, encontramos otro trabajo opuesto precisamente al hilo de las conclusiones de WAHL en el caso *Intel*<sup>811</sup>. En él, se califica el razonamiento del Abogado General de legalmente coherente. Además, se afirma

<sup>804</sup> Conclusiones del Abogado General WAHL, de 20 de octubre de 2016, *Intel Corporation* (asunto C-413/14).

<sup>805</sup> FERNÁNDEZ VICIÉN, C., “*Intel...*”, cit., p. 135.

<sup>806</sup> Entre otros CARLI, C y PARDOLESI, R., “*Intel and the Tale...*”, cit y GERADIN, D., “The opinion of AG Wahl in *Intel*: bringing coherence and wisdom into the CJEU’s pricing abuses case-law”, *TILEC Discussion Paper*, núm. 34, 2016, p. 2. Disponible en [papers.ssrn.com](http://papers.ssrn.com) (Consultado por última vez el 14 de julio de 2021).

<sup>807</sup> Conclusiones del Abogado General WAHL, de 20 de octubre de 2016, *Intel Corporation* (C-413/14), apdo. 75°.

<sup>808</sup> *Ibidem*, apdos. 81-82°.

<sup>809</sup> Conclusiones del Abogado General WAHL, de 27 de marzo de 2014, *Cartes Bancaires* (asunto C-67/ 13), apdos. 44° y ss. No en vano, en este caso se puso de manifiesto que el umbral para determinar cuando existe una restricción por el objeto es exigente, según HARPER, P., “*Groupement des cartes bancaires...*”, cit., p. 327. Vid, *supra*, IV, 3.

<sup>810</sup> También observa conexión entre los asuntos *Cartes Bancaires* e *Intel* ALLAN, B., “Loyalty and fidelity...”, cit., p. 54.

<sup>811</sup> PETIT, N., “The Advocate General’s opinion in *Intel v. Commission*: eight points of common sense for considerations by the CJEE”, *Concurrence review*, núm. 1, 2016, pp. 1-14.

que *Intel* es ideal para reconciliar la interpretación del art. 102 TFUE con la lógica y el sentido común. *Grosso modo*, se destacan ocho puntos clave para sostener una aproximación “más económica” merced a este caso<sup>812</sup>. En resumen, interesa señalar que hay quien denuncia que un contrato entre una empresa dominante y su cliente que contempla un sistema de descuentos que cubre un 1% del mercado relevante no infrinja el art. 101 TFUE por no restringir la competencia de forma apreciable y, sin embargo, sí que pueda ser considerado un abuso de posición que dominio que restringe la competencia<sup>813</sup>. En nuestra opinión, coincidiendo con la doctrina señalada, no es posible que un contrato falsee la competencia de forma apreciable y no la falsee al mismo tiempo, dependiendo del ilícito *antitrust* con el que se examine.

En línea con las conclusiones de WAHL y parte de la doctrina, la STJUE en el caso *Intel* ha supuesto la superación del marco formalista del análisis de las políticas de precios y descuentos<sup>814</sup>. En palabras del órgano jurisdiccional, “constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del art. 102 TFUE que una empresa, desde dicha posición, vincule a los compradores mediante la obligación o la promesa de abastecerse exclusivamente de dicha compañía para la práctica totalidad de sus necesidades”<sup>815</sup>. Sin embargo, también afirma que *conviene matizar esta jurisprudencia si una empresa mantiene, aportando pruebas de ello, que su conducta no tuvo la capacidad de restringir la competencia*<sup>816</sup>.

En ese supuesto, de hecho, la CE está *obligada* a analizar la importancia de la posición dominante de esa empresa, *el porcentaje del mercado cubierto por la práctica enjuiciada y las condiciones de concesión de los créditos, en particular, duración e importe*<sup>817</sup>. Tan es así que el TJUE anula la sentencia por haberse abstenido

<sup>812</sup> *Ibidem*, pp. 2-14. Muchos de ellos también han sido señalados por GERADIN, D., “The opinion of AG Wahl...”, cit., pp. 3-9. Estos básicamente son: 1º) la refutación de la lectura de la sentencia en *Hoffman-La Roche* en términos que impida cualquier tipo de análisis de los efectos, 2º) fallos de categorización respecto a los sistemas de descuento planteados por una empresa en posición dominante, 3º) la falsa relación entre exclusividad y exclusión, ya comentada en el *excursus*, 4º) no cualquier efecto de exclusión es anticompetitivo por el mero hecho de que lo realice una empresa en posición dominante, pues si así fuese, eso equivaldría a perseguir la mera concurrencia de posición de dominio en el mercado, 5º) el estándar con el que se debe examinar el abuso formal es la capacidad de restringir la competencia, en el sentido de que la probabilidad de efectos anticompetitivos efectivos sea considerable y no una remota posibilidad, 6º) el test que pone la atención en el competidor igual de eficiente es un test de legalidad, y no tan solo de priorización de casos, 7º) la mayor seguridad jurídica que aporta una aproximación más económica en la aplicación del art. 102 TFUE y 8º) una aproximación más económica no implica necesariamente cálculos más complejos, sino el uso de principios económicos bien establecidos y comúnmente aceptados.

<sup>813</sup> GERADIN, D., “The opinion of AG Wahl...”, cit., pp. 7-8. En nuestra opinión, coincidiendo con el autor, no es posible que el mismo contrato falsee la competencia y no la falsee al mismo tiempo, dependiendo del ilícito *antitrust* con que se examine.

<sup>814</sup> FERNÁNDEZ VICIÉN, C., “*Intel*...”, cit., pp. 135-136 y CARLI, C y PARDOLESI, R., “*Intel* and the Tale...”, cit.

<sup>815</sup> STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corporation* (asunto C-413/14), apdo. 137º.

<sup>816</sup> *Ibidem*, apdo. 138º. Énfasis añadido. Se produce así cierta sorpresa, pues se había señalado que la posibilidad de que el TJUE revocase la decisión de la CE y del TGUE era remota (ALLAN, B., “Loyalty and fidelity...”, cit., p. 51).

<sup>817</sup> *Ibidem*, apdo. 139º. Énfasis añadido. Coincide así no solo con WAHL, sino también con parte de la doctrina que se había mostrado abiertamente a favor de contemplar la cobertura de la práctica y la duración en la

erróneamente el TGUE de analizar la capacidad de los descuentos controvertidos para restringir la competencia.

Cabe destacar que existe en el ámbito nacional de los EEMM un primer ejemplo de la concreta aplicación de la jurisprudencia fijada en el caso *Intel*. Nos referimos a la sanción que en diciembre de 2017 impuso la ANC italiana a la empresa *Unilever* por la implantación de un sistema de descuentos de fidelización<sup>818</sup>. *Grosso modo*, en dicho supuesto se tuvo en cuenta que el mercado cubierto por el sistema enjuiciado superaba el 30%, que la duración excedía los dos años y que se puso de manifiesto una clara intención de expulsar a competidores del mercado.

En rigor, por tanto, el juicio *de minimis* tiene cabida en el art. 102 TFUE, dado que ciertos parámetros de valoración cualitativos pueden cuestionar la existencia de una conducta abusiva. Cierto es que hay quien considera que el test de la apreciabilidad es una cuestión diferente a la necesidad de demostrar que la conducta es capaz de restringir la competencia<sup>819</sup>. Pero no menos verdad es que para otro sector doctrinal (al que nos adherimos) dicha distinción resulta artificial<sup>820</sup>. De hecho, en palabras de algún autor, “la aplicación del sentido común sugiere que la separación entre la apreciabilidad y la probabilidad de restringir la competencia es superficial, incluso ficticia”<sup>821</sup>.

En todo caso, lo realmente relevante es que todo ilícito *antitrust*, incluido el abuso de posición dominante, presupone la capacidad para restringir la competencia efectiva. Y si esta capacidad se ve cuestionada por la concurrencia de ciertos criterios cualitativos, la CE y las ANC deben de examinarlos y descartarlos. Es cierto que no deberán demostrar un efecto apreciable, como en el caso de una restricción por los efectos del art. 101.1 TFUE. Pero ello no es óbice para que el acusado de realizar una práctica anticompetitiva pueda defenderse esgrimiendo que la capacidad de afectar a la competencia no es un juicio meramente abstracto, sino uno concreto que debe tomar

---

capacidad de restringir la competencia. Entre otros autores, GERADIN, D., “The opinion of AG Wahl...”, cit., pp. 8-9.

<sup>818</sup> Sobre este particular, CARLI, C y PARDOLESI, R., “*Intel* and the Tale...”, cit.

<sup>819</sup> En este sentido RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., p. 162, quien asegura que para que una conducta abusiva quede prohibida es necesario que no se trate de una práctica cualitativamente insignificante, aunque reconoce que esta valoración debería de diferenciarse de la consideración de una conducta como *de minimis*. También IBÁÑEZ COLOMO, P., “Appreciability and *de minimis* in article 102 TFEU”, *JECL&P*, Vol. 7, núm. 10, 2016, *passim*, quien considera que una cosa es que ciertas prácticas sean prohibidas *prima facie* independientemente de su impacto para la competencia, esto es, que se traten como restricciones por el objeto, y otra distinta que los efectos anticompetitivos tengan que ser apreciables.

<sup>820</sup> WHISH, R., “*Intel* v. Commission...”, cit (aunque en honor a la verdad, más tarde matiza su posición en WHISH, R., “Article 102...”, cit., pp. 651-660); PETIT, N., “The case of the European Commission’s curious interpretation of the *Intel* judgement”, *Competition Law and Policy debate*, Vol. 4, núm. 1, 2018, p. 100; BARRANTES DÍAZ, B., “Conductas colusorias”, en AA.VV (Dir. Odriozola, M), *Derecho español de la competencia*, t. I, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 24 y 27 y DORRONSORO, C., “Artículo 5...”, cit., p. 230.

<sup>821</sup> Traducción propia de PETIT, N., “The case...”, cit., p. 100.



en consideración el conjunto de circunstancias particulares de cada caso<sup>822</sup>. Paradójicamente, estas particularidades pueden poner de manifiesto, precisamente, que la conducta es insignificante para el sistema concurrencial.

El principio “quien alega, prueba” es fundamental en esta materia<sup>823</sup>. El primer nivel de prueba, como ya advertimos anteriormente, se corresponde con la evidencia del ilícito *prima facie*, lo que comprende la prueba de la posición de dominio y del abuso. El segundo nivel, en cambio, se relaciona con la prueba relativa al daño que es susceptible de producir o que produce el comportamiento abusivo. La concreta carga probatoria de este nivel, empero, dependerá de si nos encontramos ante una conducta restrictiva por el objeto o por sus efectos. En cualquier caso, constatada la existencia del comportamiento formalmente abusivo por el objeto, normalmente se presumen *iuris tantum*, automáticamente, tanto la existencia del abuso como la del daño<sup>824</sup>. Esto, además, “sin necesidad de ninguna otra evidencia adicional”<sup>825</sup>.

A nuestro juicio, la forma de proceder someramente expuesta en el párrafo anterior resulta intachable. Así lo exige el principio de proximidad a la prueba y de eficiencia procesal. Ahora bien, una cosa es que este planteamiento sea procedimentalmente razonable y otra distinta que haya algún obstáculo a que la empresa investigada pueda alegar *circunstancias* que cuestionen la capacidad de afectar a la competencia de su comportamiento. Tan es así que no parece desacertado sostener que, en estos casos, la CE y las ANC están obligada a ser imparciales en la apreciación de presuntos ilícitos<sup>826</sup>. De hecho, aunque la autoridad *antitrust* actúe como “juez” e instructor, cabe recordar que esta circunstancia no debe implicar un conflicto a la hora de admitir posibles pruebas en contra del ilícito *prima facie* probado por la propia autoridad<sup>827</sup>. Se trata, en suma, de encontrar un cierto equilibrio entre la presunción de inocencia y el principio de efectividad del Derecho *antitrust* comunitario.

Hecha la aclaración precedente, ha de reconocerse que esta posibilidad interesa, sobre todo, a las empresas dominantes, dado que cuanto más enrevesada sea la labor probatoria (y menos duchos en materia económica sean los órganos jurisdiccionales) mayor será la probabilidad de dar cabida a gravosos análisis económicos idóneos para

---

<sup>822</sup> GERADIN, D., “The opinion of AG Wahl...”, cit., p. 10 coincide al afirmar que el examen acerca de la ilegalidad de una conducta de una posición de dominio debería centrarse en sus efectos en lugar de en la forma y que el estándar de la capacidad para afectar a la competencia no puede ser meramente teórico o hipotético.

<sup>823</sup> RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso...”, cit., p. 4.

<sup>824</sup> BAILEY, D., “Presumptions...”, cit., pp. 362-369.

<sup>825</sup> RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso...”, cit., p. 4.

<sup>826</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La prueba en el procedimiento administrativo*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 63.

<sup>827</sup> RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso...”, cit., p. 5.

generar la duda que lleve a consentir el comportamiento enjuiciado. De modo que aumentan, presumiblemente, los falsos negativos<sup>828</sup>.

No obstante, pese a lo anterior, debemos recordar también que en el Derecho *antitrust* no existen pruebas definitivas de ninguno de los elementos que requieren ser probados. A menudo se recurre a indicios o teorías económicas discutibles que introducen necesariamente incertidumbre e inseguridad<sup>829</sup>. Cuando esta complejidad se relaja merced a las presunciones, se acepta la posibilidad de que una empresa que actúa competitivamente resulte sancionada, a pesar de sus implicaciones negativas en el mercado en cuanto a prevención especial y general<sup>830</sup>. En otras palabras, se intensifican igualmente las probabilidades de falsos positivos<sup>831</sup>.

Por tanto, si asumimos que la eliminación de estas presunciones resulta poco conveniente en virtud de las bondades en términos de eficiencia que entrañan, nos parece una cuestión de mera equidad y proporcionalidad concebir la teoría de la apreciabilidad como un mecanismo para cuestionar el carácter ilícito *prima facie* del comportamiento enjuiciado<sup>832</sup>. A eso debemos añadir que, sistemáticamente, es la opción que nos parece preferible.

## VI. RECAPITULACIÓN DE IDEAS

Para finalizar esta primera parte conviene llevar a cabo una recapitulación de las ideas que hemos desarrollado a lo largo de la misma. El propósito es que el lector pueda afrontar sin problemas la segunda parte, dedicada a la regulación del Derecho interno español. Así, este resumen trata de enfatizar dos propiedades que consideramos representativas de la teoría de la menor importancia. Nos referimos concretamente al *carácter omnipresente y polifacético* de lo que entendemos por un comportamiento *de minimis*. Nos explicamos:

A nuestro juicio, la teoría de la sensibilidad se encuentra en el propio corazón del Derecho *antitrust* y no únicamente en una parte de dicho ordenamiento. La necesidad de que el sistema concurrencial quede afectado de una forma que no sea insignificante o inapreciable es idiosincrasia del propio régimen jurídico defensor de la competencia. De manera que el test *de minimis* debe estar presente en los acuerdos colusorios, el control de concentraciones, las ayudas públicas e incluso en el abuso de posición de dominio. *No habría entonces realidades a juzgar por el Derecho antitrust*

---

<sup>828</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>829</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>830</sup> KAPLOW, L., "Burden of proof", *The Yale Journal*, Vol. 121, núm. 4, 2012, p. 746.

<sup>831</sup> RODILLA MARTÍ, C., "La prueba del abuso...", *cit.*, p. 8.

<sup>832</sup> *Ibidem*, p. 8.

*al margen del requisito de una afectación sensible de la competencia, ni siquiera las restricciones por el objeto o aquellas concebidas como graves por un REC.*

Tres son las razones por las que consideramos que nuestro objeto de estudio está *omnipresente* en cualquier regla sustantiva *antitrust*: 1ª) el bien jurídico protegido<sup>833</sup>, 2ª) la necesidad de no juzgar en abstracto o de forma meramente teórica, sino conforme al caso concreto<sup>834</sup> y 3ª) la progresiva preeminencia de una “aproximación más económica” a la normativa protectora de la competencia en sede comunitaria.

*Primera. El bien jurídico.* Como se sabe, el Derecho *antitrust* protege la competencia funcional o efectiva, no un régimen de competencia perfecto e irrealizable. No persigue la competencia como un fin en sí mismo, sino que la salvaguarda en la medida en que con ello se protege la eficiencia del mercado, el bienestar de los consumidores o el progreso técnico y económico. Razón por la cual carece de sentido que se prohíban aquellas conductas que, por cualquier criterio cuantitativo o cualitativo, son incapaces de afectar al bien jurídico que pretende proteger, esto es, la competencia (si bien entendiendo ésta como un sistema de organización eficiente en el que existen intereses públicos y no simplemente como los competidores concretos de un determinado operador)<sup>835</sup>.

Consideramos, por tanto, que la doctrina de *minimis* es una reducción teleológica de la normativa *antitrust*, porque “si la finalidad de la norma es reprimir las conductas que restrinjan la competencia porque dañan el buen funcionamiento de un mercado determinado, si tales conductas no tienen ni pueden tener efectos significativos, entonces el mercado tampoco notará perjuicio alguno y decae la causa de la prohibición”<sup>836</sup>.

En todo caso, se ha de destacar que este tipo de conductas indiferentes para el sistema concurrencial siempre dispondrán del Derecho privado para ser controladas si afectan a ciertos intereses particulares<sup>837</sup>. Pero no por ello está justificado que intervenga el Derecho público, menos aún en su vertiente sancionadora. El Derecho *antitrust* no prohíbe cualquier concentración, cualquier ayuda pública o cualquier

<sup>833</sup> En términos similares se pronunció ya COSTAS COMESAÑA en “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., pp. 157-158 y *Los Cárteles...*, cit., pp. 62-65.

<sup>834</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., pp. 158-160.

<sup>835</sup> Al respecto, conviene recordar lo señalado por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L y CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil...*, cit., p. 294 quienes afirman que el efecto sensible “no es más que una secuela del concepto de competencia efectiva asumida (...) por el Derecho europeo de la competencia”. En la misma dirección CURTO POLO, M.M., “Prohibición de las conductas...”, cit., p. 115.

<sup>836</sup> ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales...*, cit., p. 119.

<sup>837</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “La nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t. XIII, 1989-1990, p. 585 y MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla de *minimis*...”, cit., p. 13.

acuerdo entre empresas. No son comportamientos dañinos *per se*. Únicamente lo serán en tanto que deterioren o pongan en peligro la competencia funcional, practicable o efectiva.

*Segunda. No existen restricciones de la competencia en abstracto, sino conforme al caso concreto.* Es indubitado que la normativa *antitrust* no da lugar a la prohibición de una conducta merced a un juicio abstracto o puramente teórico, tal como ha repetido el TJUE en numerosas ocasiones<sup>838</sup>. Al respecto, si la teoría de la apreciabilidad o sensibilidad se descarta automáticamente en conductas que *formalmente* son una restricción por el objeto o un abuso de posición dominante, en última instancia se impondría un análisis abstraído de la realidad, realizado a espaldas del sistema concurrencial que se pretende proteger. Por este motivo la CE, las ANC y los órganos jurisdiccionales no pueden ser ajenos a la capacidad del comportamiento para afectar a la competencia funcional.

Lo anterior, empero, no exige que se realice siempre un costoso análisis de los efectos. Pero sí impide que el Derecho de la competencia sea rígido, formalista o encorsetado<sup>839</sup>. Es cierto que se produce una calma tensa entre la realidad jurídica (que por definición y seguridad necesita ser construida sobre la base de categorías generales y criterios previsibles) y la realidad económica (en donde impera una casuística de lo más variado). Sin embargo, esta tensión no puede resolverse con una simplificación de la realidad que roce la arbitrariedad<sup>840</sup>. Este examen de la conducta en particular permite dejar al margen del ámbito de las normas *antitrust*, cuyo propósito es suprimir los ataques a la competencia contrarios al interés público, aquellas prácticas restrictivas de la competencia, pero inocuas para el sistema concurrencial en su conjunto<sup>841</sup>.

*Tercera. La tendencia hacia una aproximación más económica a la normativa protectora de la competencia es indiscutible.* Como ha puesto de manifiesto algún autor, “las interpretaciones formalistas ya no existen y no se puede recurrir a ellas como herramientas para proteger una forma equivocada de proteger el sistema concurrencial. Es cierto que todo nuevo comienzo nunca es fácil pero es mejor eso que

<sup>838</sup> Una recopilación de la jurisprudencia en esta dirección se encuentra en IBÁÑEZ COLOMO, P y LAMADRID, A., “On the notion of restriction ...”, cit., pp. 336-339 y 361.

<sup>839</sup> A favor DÍEZ ESTELLA, F., “La prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia”, en AA. VV (coord. CREUS CARRERAS, A), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la asociación española de defensa de la competencia*, Madrid, La Ley, 2008, p. 141 porque el automatismo y formalismo incrementan los falsos positivos. En sentido similar, RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., p. 154 ha apuntado que las conductas *de minimis* solo restringen la competencia de manera formal, pero no en sentido económico.

<sup>840</sup> PETIT, N., “The Advocate General’s opinion...”, cit., pp. 12-13.

<sup>841</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., pp. 157-158.

estar sometidos pasivamente a unas interpretaciones genéricas pero no generalizables que resultan insostenibles”<sup>842</sup>.

Este “*fresh start*” ha quedado patente especialmente en las conclusiones del Abogado General WAHL (acogidas sin reservas por el TJUE). Y en el plano doctrinal, aunque es cierto que la “*more economic approach*” no está exenta de serios detractores, la verdad es que cuenta con un amplísimo respaldo<sup>843</sup>. Por ello, siendo respetuosos con esta tendencia imparable del Derecho *antitrust* (se esté de acuerdo o no con ella), se debe admitir que el test de la apreciabilidad no es sino otra herramienta que contribuye a que la aplicación de la normativa de defensa de la competencia sea coherente con principios económicos arraigados y generalmente compartidos. En la medida en que otorga flexibilidad y realidad al enjuiciamiento de los ilícitos *antitrust*, debe ser un criterio hermenéutico a tener en cuenta.

En nuestra opinión, es casi un acto de rebeldía afrontar nuestro objeto de estudio dejando de lado la jurisprudencia más reciente sobre restricciones por el objeto o abuso de posición de dominio que aboga por una “*more economic approach*”<sup>844</sup>. Nos resulta artificial encajar una visión ortodoxa o formalista de la teoría de la sensibilidad en un sistema *antitrust* que innegablemente es flexible y respetuoso con el caso concreto<sup>845</sup>. Además, debemos reconocer que esta forma de entender el Derecho de defensa de la competencia nos parece adecuada<sup>846</sup>. Aunque valoramos positivamente las inteligentes críticas en contra de este enfoque, no las compartimos<sup>847</sup>.

<sup>842</sup> Traducción propia de CARLI, C y PARDOLESI, R., “*Intel and the Tale...*”, cit.

<sup>843</sup> Entre otros: PETIT, N., “The Advocate General’s opinion...”, cit.; GERADIN, D., “The opinion of AG Wahl...”, cit y WHISH, R., “*Intel v. Commission...*”, cit.

<sup>844</sup> Sobre una aproximación más económica al abuso de posición de dominio, *vid* AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 269-237.

<sup>845</sup> En palabras de CARBAJO CASCÓN, F., “Introducción al Derecho de la competencia: Principios, funciones y alcance”, en AA. VV (coord. CARBAJO CASCÓN, F), *Manual práctico de Derecho de la Competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 32, el análisis económico del Derecho es una herramienta *imprescindible* para la autoridad *antitrust* y para los tribunales.

<sup>846</sup> Sin ánimo de extendernos, reseñar que como mayor exponente de esta corriente situamos a POSNER. Un recorrido por su pensamiento se puede encontrar en HARNAY, S., y MARCIANO, A., “Posner economics and the law: from law and economics to an economic analysis of law”, *Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 31, núm. 2, 2009, pp. 215-232, así como en sus trabajos más representativos: POSNER, R.A., “The rule of reason...”, cit.; ÍDEM., “The Chicago School...”, cit.; ÍDEM., *Economic analysis...*, cit. o ÍDEM., “Some uses and abuses of Economics in Law”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 4, núm. 2, 1979, pp. 281-306. En el panorama español, los juristas que, a nuestro parecer, han defendido el análisis económico del Derecho con solvencia (y no solo en el ámbito *antitrust*, sino incluso en el Derecho privado) son PAZ-ARES, C., “Principio de eficiencia y derecho privado”, en AA.VV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 2, Valencia, Tirant lo blanch, 1995, pp. 2843-2900 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los juristas -españoles- y el análisis económico del Derecho”, *Indret*, núm. 1, 2007, pp. 1-13.

<sup>847</sup> Nos referimos a las críticas señaladas por WILS, W., “The judgement of...”, cit. Al respecto, su principal argumento es que la competencia no solo tiene un “aspecto de resultados”, sino también otro de “proceso”, en virtud del cual se protege la autonomía de los operadores y la injerencia de unos en las decisiones de los otros. Pese a que coincidimos con este apunte, no consideramos que sea *función principal* del Derecho *antitrust* proteger ese aspecto procedimental. Según el sistema dual de ilícitos concurrenciales, existe otra disciplina que aborda el fenómeno de la competencia, esto es, la competencia desleal (*Vid*, FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., *passim*). A juicio de BRIGHT, C., “EU competition policy...”, cit., p. 546, ésta resulta más idónea para proteger “el modo” en el que se desarrolla la competencia, de

Asimismo, si bien es cierto que la doctrina *de minimis* tiene un carácter omnipresente en toda norma sustantiva del Derecho *antitrust* comunitario, se ha de reconocer también que no siempre es aplicada de forma idéntica. La teoría de la sensibilidad *es polifacética*, en el sentido de que se adapta al examen concreto realizado. Así, adquiere una dimensión cuantitativa cuando se juzgan conductas en las que inequívocamente se pone la atención en los resultados. Pero si son enjuiciadas conductas a las que se presumen resultados negativos para el sistema concurrencial, en cambio, los criterios determinantes de la sensibilidad no son cuantitativos, sino cualitativos.

En efecto, en conductas que solo merecen la atención de la CE y las ANC cuando revisten cierta importancia, podremos observar con facilidad la vertiente cuantitativa de la teoría de la sensibilidad.

En el control de concentraciones, por ejemplo, solo son examinadas por el defensor de la competencia aquellas operaciones que tienen como resultado un nuevo operador económico de ciertas dimensiones, en particular aquellas que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o una parte sustancial del mismo<sup>848</sup>.

En lo que respecta a las ayudas públicas, es sabido que en sede comunitaria no se prohíben aquellas subvenciones a empresas que pueden considerarse insignificantes o que sean incapaces de alterar la libre competencia dada su escasa cuantía, como se evidencia en el art. 3 del Reglamento 1407/2013 relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE sobre las ayudas *de minimis*<sup>849</sup>.

---

manera que no queda justificada una aplicación formalista del Derecho *antitrust* que prohíba cualquier acto que pueda afectar a los competidores (pero que no afecte al sistema concurrencial de forma apreciable). Asimismo, si bien la categorización es necesaria, ésta no puede justificar la arbitrariedad. Cierto es que la aproximación económica eleva el nivel de exigencia en materia de prueba (*Vid.* RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso...”, cit., p. 11). Pero esta complejización es argumentativa, no matemática, puesto que como ha señalado PETIT, N., “The Advocate General’s opinion...”, cit, no hay (ni debe haber) nada matemático o cuantitativo en un análisis “más económico” del Derecho *antitrust*. La clave sigue siendo el razonamiento lógico. De hecho, coincidimos con BISHOP, S., “Snake-Oil with mathematics is still Snake-oil: why recent trends in the application of so-called sophisticated Economics is hindering good Competition Policy Enforcement”, *ECJ*, Vol. 9, núm. 1, 2013, pp. 67-77 al cuestionar que una buena política de competencia tenga que basarse en la cuantificación o en una mayor sofisticación del análisis.

<sup>848</sup> Art. 2 Reglamento 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOCE L-24/1, de 29 de enero de 2004). La misma norma advierte en su considerando núm. 32º que “las concentraciones entre empresas con cuotas de mercado limitadas no suponen un obstáculo para una competencia efectiva y pueden, por tanto, considerarse compatibles con el mercado común. (...) Hay un indicio en este sentido en particular cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supera el 25 % ni en el mercado común ni en una parte sustancial del mismo”. Sobre este particular, entre otros, MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas: derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994, *passim* e ÍDEM y PÉREZ MOLINA, M.A., “El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea”, *RDM*, núm. 294, 2014, pp. 115-170.

<sup>849</sup> Art. 3 Reglamento 1407/2013, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 del TFUE a las ayudas *de minimis* (DOCE L-352/1, de 24 de diciembre de 2013). Según éste “se considerará que las

Por último, resulta evidente que no cualquier acuerdo entre empresas con efectos restrictivos de la competencia está prohibido. Se exige un efecto cuya consecuencia sea negativa y apreciable<sup>850</sup>. Al respecto, es indiscutible que cuando la cuota conjunta de las partes del acuerdo no excede del 10% en los acuerdos horizontales o la de cada una de las partes en un acuerdo vertical no supera el umbral del 15%, la concurrencia de voluntades no queda prohibida merced a la COM14<sup>851</sup>.

En aquellas conductas en las que se presuponen efectos negativos para la competencia, sin embargo, no tienen cabida criterios cuantitativos de los que se deduzca la legalidad *per se* de ese comportamiento generalmente nocivo para el sistema concurrencial. Antes bien, se debe *presuponer* que afectan de forma sensible o significativa<sup>852</sup>. De este modo, una fijación horizontal de precios, un reparto de mercado o una conducta que normalmente suele ser un abuso de una empresa dominante, no pueden ser toleradas merced a umbrales cuantitativos similares a los que nos referimos en el párrafo anterior. Pero, ¿significa esto que no tiene cabida en teoría de la sensibilidad o la doctrina *de minimis*? En nuestra opinión, nada más lejos de la realidad.

En esos casos los criterios cualitativos pueden evidenciar que la conducta formalmente peligrosa para el sistema concurrencial, en realidad, no lo es en el caso concreto. De modo que ha de ser posible para la compañía investigada desvirtuar la presunción de la que gozan la CE y las ANC. Existiría una inversión de la carga de la prueba pero no, desde luego, la concurrencia automática de la existencia de una restricción de la competencia.

De manera que si se discute el carácter de restricción por el objeto o de abuso de una conducta merced a criterios cualitativos, a pesar de que estos sean formal y

---

medidas de ayuda que cumplan las condiciones establecidas en el presente Reglamento no reúnen todos los criterios del art. 107, apdo 1º, del TFUE, y, por consiguiente, estarán exentas de la obligación de notificación establecida en el art. 108, apdo 3º, del TFUE”. Asimismo, se establece en términos generales que si no se supera el umbral de 200.000€ durante cualquier período de tres ejercicios fiscales estaremos ante una de estas ayudas de escasa importancia. Sobre este extremo, entre otros, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “La nueva legislación comunitaria de las ayudas *de minimis*”: el Reglamento (CE) 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001”, *ADI*, t. XXI, 2000, pp. 1329-1332 y ESTOA PÉREZ, A., “La regulación de las ayudas *de Minimis* en el Derecho comunitario - comentario al Reglamento (CE) nº 1998/2006”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2007, pp. 623-636.

<sup>850</sup> Como bien explica PETIT, N., *Droit...*, cit., p. 318-319, este principio negativo de los efectos en virtud del cual se exige que los mismos no sean inapreciables o insignificantes, se traduce por simple lógica en una regla positiva merced a la cual los efectos han de ser significativos o sensibles para hablar de una auténtica restricción de la competencia.

<sup>851</sup> COM01, apdo. 3º.

<sup>852</sup> RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso...”, cit., pp. 7-8 y VAN DER VIJVER, T., *Objective justification and prima facie anti-competitive unilateral conduct: an exploration of the EU Law and beyond*. Tesis doctoral dirigida por OTTERVANGER, T.R y BRONCKERS, M, University of Leiden, Leiden, 2014, pp. 156-168. Disponible en [scholarlypublications.universiteitleiden.nl](http://scholarlypublications.universiteitleiden.nl) (Consultada por última vez el 14 de julio de 2021).

habitualmente peligrosos para la competencia, el organismo encargado de proteger la competencia debe desmontar los argumentos que cuestionan los resultados negativos para el bien jurídico protegido. En este caso, ese comportamiento *de minimis* no es calificado como lícito automáticamente, es cierto, pero sí que se librerá de la presunción de ilicitud, lo que allanará el camino a que esa conducta finalmente no quede prohibida.

En particular, como hemos sostenido reiteradamente a lo largo de estas páginas, en las restricciones por el objeto estos criterios cualitativos de la menor importancia tienen cabida merced al examen del contexto jurídico y económico [*supra*, IV, 3], mientras que en el abuso de posición de dominio forman parte del estudio del propio concepto de abuso [*supra*, V]. La doctrina *de minimis* posee así dos caras, como el Dios romano Jano. La primera, más visible, es la cuantitativa, la cual impera en los acuerdos colusorios por sus efectos, las ayudas públicas y el control de concentraciones. Pero también tiene una segunda menos rígida, aunque más exigente. Merced a ella, ninguna realidad concurrencial puede ser examinada al margen de la teoría de la sensibilidad. La explicación es sencilla: 1º) si una conducta es cualitativamente insignificante para la competencia, no presenta un grado de nocividad suficiente para ser calificada como restricción por el objeto. 2º) si una conducta resulta ser cualitativamente inapreciable para el sistema concurrencial, no puede ser calificada de abuso.

En suma, la conclusión más relevante que podemos extraer de este primer capítulo es la siguiente: la doctrina *de minimis* está omnipresente en el Derecho *antitrust*, pero es polifacética. Se muestra con una cara diferente en cada objeto de estudio, especialmente en el análisis de las restricciones por el objeto y los abusos de posición de dominio. Pero siempre está presente. Mantener lo contrario es cuestionar la necesidad del análisis del contexto económico y jurídico y la propia existencia de un concepto de abuso definido desde una aproximación más económica.



## SEGUNDA PARTE

### LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

#### I. ANTECEDENTES

Antes de comentar la regulación de la doctrina *de minimis* en la vigente LDC, interesa reparar en sus dos antecedentes normativos. Así ha de ser por cuanto que el análisis de cualquier institución jurídica requiere, ineludiblemente, conocer cuáles son sus orígenes. Más aún cuando el camino recorrido hasta llegar a la actualidad alberga cuestiones sobre las que el intérprete jurídico ha de reflexionar. *Grosso modo*, nos referimos al problema de la licitud o ilicitud de estas conductas, así como a la incertidumbre en torno a si son comportamientos no sujetos a la prohibición, o en cambio, acuerdos sujetos, pero exentos.

Conforme a ello, en primer lugar exponemos la (inexistente) concreción de la doctrina *de minimis* en la LPRC [*infra*, 1]. Seguidamente, nos detenemos en la LDC/89 [*infra*, 2]. Y por último, destacamos aquellos pronunciamientos de la ANC que, por diversos motivos, consideramos que son los más ilustrativos de esta época anterior a la promulgación de la LDC [*infra*, 3]. Explicamos, someramente, cada uno de estos epígrafes:

1º) La LPRC puede considerarse la primera norma que realmente regula la libre competencia en España. Sin embargo, al tratarse de una Ley preconstitucional, resulta escasamente comparable con la regulación en vigor, ya que los contextos históricos en los que se inserta ambos textos son muy diferentes. No obstante, es posible extraer algunas conclusiones interesantes en lo que atañe a cómo se entendía nuestro objeto de estudio en estos primeros años. De hecho, sorprende que, pese a la inexistencia en la Ley de ninguna previsión al respecto, en ese momento inicial tanto la doctrina científica como la ANC tenían una idea bastante atinada de la doctrina *de minimis*.

2º) La LDC/89, por su parte, es la primera norma que contempla expresamente los acuerdos de menor importancia en su articulado. Ciertamente es, empero, que su regulación no resulta satisfactoria. Ni en el texto original, ni en ninguna de sus posteriores

modificaciones, se consigue una disposición coherente con el modo en que es entendido el test de la apreciabilidad tanto en sede comunitaria como en el Derecho comparado. No obstante, esta desacertada regulación puede ser realmente útil para comprender qué errores se suelen cometer al regular las conductas de menor importancia. De ahí la conveniencia de profundizar en este precedente legislativo.

3º) Por último, se comentan algunas resoluciones del TDC anteriores a la entrada en vigor de la LDC. Se trata, en concreto, de los asuntos *Prensa de Segovia, Vileda/Tervi* y *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza*<sup>853</sup>. Si bien es cierto que se pueden encontrar más decisiones de la ANC en este periodo, la mayoría citadas en este trabajo, esta selección se debe a que cada uno de estos casos ilustra alguno de los aspectos destacados en la primera parte dedica al Derecho europeo. La idea principal que extraemos de estas resoluciones estriba en que la ANC ha sido históricamente proclive a entender la doctrina *de minimis* de una manera más próxima al ordenamiento comunitario que el legislador español.

## 1. Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 23 de julio de 1963

Como ha señalado la doctrina, la LPRC de 1963 se caracterizó por una total indefinición legal de las conductas *de minimis*<sup>854</sup>. En efecto, esta norma no hace mención alguna a dichos comportamientos a lo largo de su extenso articulado. La razón de esta omisión, sin embargo, es bastante intuitiva. La normativa española en aquella época ya estaba inspirada, inequívocamente, en el Derecho *antitrust* comunitario<sup>855</sup>. Y en ese momento lo cierto es que no existía aún en el ámbito supranacional una práctica administrativa y judicial consolidada acerca de los acuerdos de menor importancia. Es razonable, por tanto, que tampoco la hubiese en el Derecho interno.

La omisión a la que hemos aludido, sin embargo, no implica inexistencia de interés por el carácter apreciable o sensible de la restricción concurrencial. Antes bien, la afectación de forma significativa a la competencia fue merecedora de atención tanto por la doctrina como por la ANC desde el primer momento en que se comienza a fraguar en España el Derecho *antitrust*.

<sup>853</sup> RRTDC de 30 de mayo de 1989, *Rosa de Luxemburgo y otros* (Expte. 247/89); de 30 de enero de 1991, *Wilkahn, S.A* (Expte. 18/90); de 18 de febrero de 1999, *Prensa de Segovia* (Expte. 434/98); de 26 de mayo de 1999, *Vileda/Tervi* (Expte. 437/98) y de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98).

<sup>854</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 8 e ÍDEM., “La problemática *antitrust*...”, cit., pp. 698-699.

<sup>855</sup> Entre otros, GARRIGUES, J., *La Defensa*..., cit., p. 38; AA.VV., *Comentario a la Ley Española*..., cit., p. 67; GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “Panorámica...”, cit., pp. 67-121; GALÁN CORONA, E., “Evolución del Derecho protector de la libre competencia en España durante 1973”, *ADI*, t. I, 1974, p. 191 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La formación...”, cit., pp. 71-74.

Se explica así que convivan en la práctica resolutoria del vetusto TDC dos tipos de resoluciones<sup>856</sup>. Por un lado, aquellas que entendieron que cualquier medida convencional restrictiva de la competencia debía considerarse prohibida por el art. 1 LPRC, independientemente de que la afectación al orden concurrencial fuese sensible o no<sup>857</sup>. Por otro, las que mantuvieron que la restricción debe ser significativa, relevante o apreciable para encajar en el art. 1 LPRC<sup>858</sup>.

En el asunto *Candela García y González c. Turu Vila*, por ejemplo, el TDC consideró que las prácticas prohibidas se han de traducir “en resultados económicamente dañinos para la comunidad y los consumidores y en graves obstáculos para el desarrollo económico del país”<sup>859</sup>. Más tarde, en *fabricantes de pan de Vitoria*, la ANC estimó que un pacto por el que un industrial panadero renunciaba al suministro de pan a Vitoria a cambio de una indemnización supone una restricción evidente de la competencia, pero que no se encuentra incurso en el art. 1 LPRC, ya que “el suministro está asegurado por los fabricantes actualmente existentes en aquél término municipal y que es difícil la competencia en el precio del pan”<sup>860</sup>. Finalmente, en el caso *Rosa de Luxemburgo y otros*, tan solo meses antes de la promulgación de la LDC/89, se sostuvo que “para que la Ley 110/1963 desencadene su acción represiva no basta con que sus cláusulas sean intrínsecamente anticompetitivas (...) sino que es preciso, además, que ello afecte al mercado a tal efecto relevante, comprometiendo el interés público, sin lo cual la intromisión de órganos administrativos en un juicio *inter privatos* carecería de justificación”<sup>861</sup>.

Al mismo tiempo, la doctrina más autorizada no dudó en afirmar que la afectación significativa de la competencia era un requisito implícito del precepto afectante al concepto de restricción concurrencial<sup>862</sup>.

En palabras de algún autor representativo de la doctrina referida, “no toda limitación de la competencia para un mercado determinado, y que reúna los restantes requisitos del número 1º del art. 85 (actual art. 101 TFUE), estará automáticamente

<sup>856</sup> BARRANTES DÍAZ, B., “Conductas colusorias...”, cit., pp. 24-25 y MIRANDA SERRANO, L.M., “La problemática *antitrust*...”, cit., pp. 698-699.

<sup>857</sup> RTDC de 6 de diciembre de 1977, *Maderas aglomeradas Taglosa, S.A v. Orember, S.A* (Expte. 137/77). En aquella, el TDC afirmó que “la pretendida justificación que de tal conducta de las empresas se hace (...) de que la actuación de las cuatro empresas inicialmente expedientadas no puede estar incurso en la prohibición del art. 1 de la Ley 110/63, porque teniendo en cuenta el porcentaje que en el mercado nacional representa la producción del conjunto de dichas empresas, difícilmente puede producir efectos de distorsión artificial del juego del mercado, carecen de consistencia, puesto que dicho art. 1º de la Ley prohíbe las prácticas surgidas de convenios entre empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional, sin contemplación al volumen de la competencia que tales empresas ejerzan, circunstancia que por el contrario sí es de tener en cuenta en la apreciación de las prácticas abusivas sancionadas en el art. 2º de la propia Ley, que no es de aplicación al caso”.

<sup>858</sup> RRTDC de 9 de abril de 1968, *Candela García y González c. Turu Vila*; de 16 de mayo de 1973, *S.D.C c. fabricantes de pan de Vitoria* (Expte 97/72); de 15 de noviembre de 1988, *Supermercados Día* (Expte 243/88) y de 30 de mayo de 1989, *Rosa de Luxemburgo y otros* (Expte. 247/89).

<sup>859</sup> RTDC de 9 de abril de 1968, *Candela García y González c. Turu Vila*.

<sup>860</sup> RTDC de 16 de mayo de 1973, *S.D.C c. fabricantes de pan de Vitoria* (Expte. 97/72).

<sup>861</sup> RTDC de 30 de mayo de 1989, *Rosa de Luxemburgo y otros* (Expte. 247/89).

<sup>862</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “Panorámica...”, cit., pp. 93-94; GALÁN CORONA, E., “Evolución...”, cit., pp. 190-191 y MATILLA ALEGRE, R., “La interpretación de los artículos 1 y 5 de la Ley sobre Prácticas Restrictivas en la Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *RDM*, núm. 125-126, 1972, p. 559.

prohibida. Para que sea efectiva la prohibición se precisa otro requisito más, a saber: que la limitación de la competencia tenga cierta importancia o intensidad, que sea perceptible o sensible”<sup>863</sup>. O dicho lo mismo en otros términos: “¿debe entenderse que cualquier restricción o falseamiento de la competencia integra sin más el requisito a que acabamos de referirnos? Indudablemente, no, pues es hoy un principio comúnmente admitido que estas disposiciones no tanto protegen la que ha llamado competencia pura y perfecta, cuanto una competencia realmente efectiva”<sup>864</sup>.

Por otro lado, ha de advertirse que la LPRC eludía cualquier alusión a las conductas *de minimis* no solo en lo que respecta a sus arts. 1 y 2, sino también en lo relativo a su art. 5<sup>865</sup>. De modo que esta norma, al hablar de los supuestos exentos, no reparó en ningún momento en los efectos insignificantes o inapreciables del comportamiento concurrencial.

A la luz de lo expuesto, creemos no equivocarnos al afirmar que en el momento inicial de nuestra normativa *antitrust* (representado por la LPRC), la teoría de la apreciabilidad era concebida tanto por la doctrina científica como por la práctica administrativa como un presupuesto implícito del propio tipo, y no como una mera exención a la regla general<sup>866</sup>.

En conclusión, se puede sobreentender que en el contexto de la LPRC, paralelamente a lo que acontecía en sede comunitaria, comenzó a gestarse en España una incipiente teoría de la sensibilidad o apreciabilidad. En esta primera fase, nuestro objeto de estudio se consideró un elemento implícito del tipo cuya existencia se fundamentaba en el bien jurídico protegido, esto es, la competencia funcional, efectiva o eficiente<sup>867</sup>.

A nuestro juicio, este planteamiento era acertado y se corresponde con el que, a día de hoy, impera en la UE. No en vano, en la primera parte de este trabajo ya pusimos de relieve, precisamente, ambas ideas<sup>868</sup>. Por un lado, señalamos que según la

<sup>863</sup> GÓMEZ SEGADE, J.A., “Panorámica...”, cit., pp. 93-94.

<sup>864</sup> MATILLA ALEGRE, R., “La interpretación...”, cit., p. 559.

<sup>865</sup> El art. 5 LPRC decía que “el TDC, por acuerdo publicado en el Boletín Oficial del Estado, autorizará (...) los acuerdos y decisiones que, no obstante estar comprendidos en el artículo primero, contribuyan a mejorar la producción o la distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que los consumidores o usuarios obtengan una parte adecuada de los beneficios que resulten de tales acuerdos o decisiones y que las posibles prácticas restrictivas que de su aplicación resultaren sean las indispensables para aquella finalidad”. Como es fácilmente constatable, existe un cierto paralelismo entre este precepto y los arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDC.

<sup>866</sup> De hecho, al estudiar el Derecho comunitario, GÓMEZ SEGADE, J.A., “Panorámica...”, cit., pp. 88-106, no duda en comentar, separadamente, las excepciones y la apreciabilidad de la restricción, la cual considera un elemento del tipo.

<sup>867</sup> Al igual que en sede comunitaria, donde JONES, A., “Completion of...”, cit., p. 944, entre otros, ha señalado que el carácter apreciable de la restricción es un requisito del tipo implícito.

<sup>868</sup> *Vid.*, part. 1º, I, 2.3.

tesis mayoritaria los comportamientos *de minimis* son lícitos, debido a que el test de la apreciabilidad se ha de ubicar en la tipicidad, tal como avala la jurisprudencia del TJUE y las Comunicaciones de la CE<sup>869</sup>. Por otro lado, advertimos también que los acuerdos de menor importancia no son una excepción o exención homologable al art. 101.3 TFUE o a los REC, de modo que, *grosso modo*, queda al margen de la prohibición todo aquel acuerdo que no daña ni pone en peligro de una manera sensible o significativa la competencia efectiva en el mercado<sup>870</sup>.

## 2. Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989

En una etapa más próxima a la LDC vigente encontramos la LDC/89. Esta otra Ley sí instauró por vez primera una previsión legal de las conductas de menor importancia en el ordenamiento español. En concreto, esta nueva norma consistió, esencialmente, en el reconocimiento expreso de la posibilidad de autorizar tales comportamientos siempre que estuvieran justificados por la coyuntura económica y el interés público<sup>871</sup>. Así se desprende del art. 3.2. d) LDC/89, donde se fijaba la posibilidad de autorizar “acuerdos, decisiones, recomendaciones y cualesquiera prácticas colusorias a que se refiere el art. 1 LDC/89 que, atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”.

A la vista del tenor literal de esta regulación, la práctica administrativa del TDC se vio obligada a desviarse del planteamiento seguido bajo la vigencia de la LPRC. En efecto, desde la promulgación de la LDC/89, el TDC consideró que “el art. 1 LDC/89 prohíbe cualquier conducta que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de limitar la competencia, siendo muy claro que dicho artículo no matiza la afectación de la competencia, grande o pequeña”<sup>872</sup>. En esta misma dirección se pronunció parte de la doctrina. A su juicio, la LDC/89 requería que todo comportamiento colusorio, por pequeño o insignificante que fuera, debía ser notificado a las autoridades *antitrust* so pena de verse afectado de nulidad<sup>873</sup>.

<sup>869</sup> Vid, part. 1º, II, 1.1. En contra de esta interpretación, PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas..., cit., *passim*.”

<sup>870</sup> Vid, part. 1º, II, 2.3. No es de la misma opinión, sin embargo, *ibídem*, p. 81.

<sup>871</sup> La aplicación práctica de esta norma fue más bien escasa. La RTDC de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98) es uno de los pocos ejemplos que podemos encontrar. Ésta ha sido comentada por COSTAS COMESAÑA, J., “Acuerdos de reducción de capacidad de producción de menor importancia. Comentario a la Resolución del TDC en el caso Cajas Rurales Jalón y Zaragoza desde la Ley 52/1999, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *GJUE*, núm. 207, 2000, pp. 78-88.

<sup>872</sup> RTDC de 6 de marzo de 1992, *Henkel Ibérica, Procter & Gamble y Lever España* (Expte. 306/91), apdo. 3º.

<sup>873</sup> RUIZ PERIS, J.I., “Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la Competencia español”, *Revista General del Derecho*, núm. 576, 1992, p. 8370; SAGRERA RULL, J., “Los acuerdos entre empresas y la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *DN*, núm. 1-15, 1990-1991, p. 45 y TOBÍO RIVAS, A.M., “Las exenciones por categorías en el Derecho español de la competencia”, *DN*, núm. 24, 1992, p. 24.

La aceptación de la conclusión anterior propició que algún autor señalara la conveniencia de dictar un REC aplicable a los acuerdos de menor importancia<sup>874</sup>. Esto a pesar de que existían dificultades evidentes, tales como la imposibilidad de “homologar” directamente el ordenamiento nacional al comunitario, en la medida en que la Comunicación *de minimis* dictada por la CE, tenía (y aún tiene) un carácter meramente orientativo. Esto contrasta con un hipotético REC, que sería una auténtica norma jurídica con efectos *erga omnes* y de obligado cumplimiento para los órganos que deban aplicarla<sup>875</sup>.

A nuestro juicio, esta solución fue desacertada porque era (y es) poco consistente con la doctrina *de minimis* conforme es entendida en sede comunitaria. No en vano, para estimar que las restricciones de la competencia inapreciables son autorizables, se ha de presuponer que éstas son ilícitas. Sin embargo, como ha sido defendido en este trabajo, la licitud de estos comportamientos nos parece fuera de toda duda.

Resulta lógico, por tanto, que no faltase quien puso de manifiesto que la respuesta dada por la LDC/89 a la cuestión de la licitud o ilicitud de las conductas *de minimis* era manifiestamente errónea<sup>876</sup>. Y, desde nuestro punto de vista, ha de darse la razón a esta doctrina por cuanto que la capacidad de afectar de manera sensible o significativa a la competencia es un requisito del art. 101.1 TFUE y no, desde luego, un supuesto de exención homologable al apdo. 3º del citado precepto<sup>877</sup>.

Es verdad que el TJUE y la CE no siempre han mantenido una visión clara de la doctrina *de minimis*. Precisamente en la primera parte de este trabajo se ha puesto de relieve que el objeto de estudio reviste una gran complejidad en sede comunitaria, y que por ello impera, en gran medida, cierta incertidumbre en torno a él<sup>878</sup>. Pero no es menos cierto, al mismo tiempo, que una visión global del tratamiento dispensado por la CE y por el TJUE a las conductas de menor importancia nos conduce a afirmar que el elemento de lo apreciable o sensible está presente en el art. 101.1 TFUE.

<sup>874</sup> SAGRERA RULL, J., “Los acuerdos...”, cit., p. 45; GALÁN CORONA, E., “Capítulo 4. Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión General”, en AA.VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, 1ª ed., Barcelona, Bosch, 2005, p. 204 y RUÍZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Madrid, Civitas, 1991, p. 167. No en vano, en el ordenamiento jurídico israelí existe un REC para acuerdos *de minimis*, según señala EPSTEIN, E y DOLEV-GREEN, T., *Competition Law...*, cit., pp. 59-60.

<sup>875</sup> RUÍZ PERIS, J.I., “Observaciones...”, cit., p. 8369.

<sup>876</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “La nueva Ley...”, cit., pp. 584-585; COSTAS COMESAÑA, J., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., p. 154; MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 8; VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., pp. 47-61; DORRONSORO, C., “Artículo 5...”, cit., p. 230; DÍEZ ESTELLA, F., “La prohibición...”, cit., pp. 123-124 y ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales...*, cit., pp. 122-123.

<sup>877</sup> Sobre este punto, nos remitimos a la argumentación seguida *supra*, Part. 1º, II, 2.3.

<sup>878</sup> Coincide con nosotros BACHES OPI, S., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Derecho de la competencia desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007”, en AA. VV (coord. BACHES OPI, S), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Balance de aplicación*, Madrid, La Ley, 2010, p. 74.

Realmente, somos de la opinión de que las primeras decisiones de la CE que atendieron a criterios cuantitativos para dejar de perseguir un acuerdo (en particular, la Decisión de 11 de marzo de 1964 en el asunto *Grosfillex* y la Decisión de 5 de mayo de 1969 en el caso *Convention chaufourniers*), se inspiraron en la regulación prevista en Alemania para el fenómeno conocido como “*Mittelstandkartell*”. En consecuencia, podría pensarse que, en esta etapa inicial, nos encontramos ante auténticos comportamientos ilícitos que la CE decide no perseguir, bien para centrar sus esfuerzos en casos que resulten relevantes, bien para fomentar la cooperación entre PYMES<sup>879</sup>. De hecho, cabe recordar que la COM70 precisamente señaló que esto último era uno de sus propósitos.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que la teoría de la apreciabilidad o sensibilidad, conforme es formulada por la STJUE y las conclusiones del Abogado General en el asunto *Völk*, descansa en el grado de nocividad de la conducta, no en la mejora de la competitividad de las PYMES<sup>880</sup>. De hecho, la mejora de la competitividad de este tipo de empresas nunca ha sido un requisito para que un comportamiento pudiese ser considerado *de minimis* en sede comunitaria. En cambio, sí se ha venido exigiendo en la regulación germana en materia de “*Mittelstandkartell*”<sup>881</sup>.

En efecto, más allá de la mera referencia efectuada por la COM70, lo cierto es que hemos asistido a un paulatino desapego entre la doctrina *de minimis* y el concepto de PYME en la UE. Tanto que, finalmente, este último queda relegado al efecto apreciable sobre el comercio comunitario<sup>882</sup>. Además, todas las Comunicaciones de la CE y las STJUE que han abordado la cuestión del carácter apreciable o sensible de la restricción de la competencia no dejan lugar a dudas acerca de que para encajar un comportamiento en el art. 101.1 TFUE, éste tiene que afectar de forma significativa a la competencia y al comercio entre los EEMM.

Así las cosas, creemos no equivocarnos al afirmar que la doctrina *de minimis* de origen comunitario se inspira, en un primer momento, en los “cárteles de bagatela que mejoran la competitividad de las PYMES” (lo que se conoce como *Mittelstandkartell*). Pero esto, sin embargo, no es obstáculo para que, posteriormente, el test de la apreciabilidad o sensibilidad en la restricción de la competencia haya adquirido una entidad propia y totalmente diferente a la que otrora fuese su fuente de inspiración.

<sup>879</sup> En Alemania, la regulación sobre “*Mittelstandkartell*” ha exigido desde un primer momento que el acuerdo enjuiciado mejore la competitividad de las PYMES, pues es ese criterio, junto la afectación poco significativa de la competencia, lo que justificaría que la conducta colusoria esté sujeta a la prohibición, pero exenta. En este sentido, entre otros, GRAUEL, H y MACK, W., *Das Mittelstandskartell...*, cit., *passim*.

<sup>880</sup> *Supra*, Iª Parte, I, 2.1 y II, 1.2.

<sup>881</sup> GRAUEL, H y MACK, W., *Das Mittelstandskartell...*, cit., pp. 22-26.

<sup>882</sup> DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, apdo. 50º y COM01, apdo. 3º.



Esta conclusión, empero, no es admitida en todos los ordenamientos que conforman la UE, ya que la regulación vigente en materia de acuerdos *de minimis* en dos países muy influyentes en esta área supranacional, como son Alemania y Francia, no considera que la afectación sensible o apreciable de la competencia forme parte del tipo prohibitivo de las conductas colusorias. Por el contrario, según el régimen jurídico vigente en estos EEMM, si un comportamiento no afecta de forma significativa a la competencia y mejora la productividad de la PYME, puede quedar exento de la prohibición<sup>883</sup>. Esto se complementa concediendo a la ANC la facultad de no iniciar o de archivar procedimientos contra conductas inapreciable o insignificantes, aunque éstas estén prohibidas<sup>884</sup>. En definitiva, una concepción de la doctrina *de minimis* justamente contraria a la que aquí venimos defendiendo y, en cierto modo, parecida a la prevista en la LDC/89.

Asumida y reconocida abiertamente esta posible fisura de nuestra postura, ha de enfatizarse que no faltan socios comunitarios que hacen referencia explícita a la capacidad de afectar significativamente a la competencia en el propio precepto que tipifica las prácticas colusorias. Y es que la experiencia comparada de los EEMM, al margen de los supuestos alemán y francés, vendría a corroborar que la LDC/89 estableció un régimen inadecuado para los acuerdos *de minimis*, en la medida en que los consideró comportamientos prohibidos, pero autorizables por la autoridad *antitrust*, y no conductas lícitas en las que falta un verdadero elemento del tipo como es la afectación sensible o apreciable de la competencia.

Prueba de ello son los numerosos países de nuestro entorno en cuyos respectivos ordenamientos jurídicos se sigue explícitamente el planteamiento que aquí defendemos<sup>885</sup>. En la legislación belga, por ejemplo, encontramos la expresión “*empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence*” en el propio tipo infractor<sup>886</sup>. En el ordenamiento finés, por su parte, se emplea el adverbio

<sup>883</sup> Art. L. 420.4 del Código de Comercio francés y art. 3 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley de Defensa de la Competencia alemana), de 26 de agosto de 1998.

<sup>884</sup> Art. L. 464.6 del Código de Comercio francés y *De Minimis Notice n°18/2007 of the Bundeskartellamt on the non-prosecution of cooperation agreements of minor importance*, de 13 de marzo de 2007, apdo. 1°. Disponible en [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de) (Consultada por última vez el 19 de octubre de 2021).

<sup>885</sup> De hecho, hay países que, aunque a priori se encuentran más alejados del Derecho comunitario, sin embargo, también recogen en su Ley nacional que el efecto sobre la competencia tiene que ser significativo. Este sería el caso de Malasia. No obstante, por motivos de tradición y cercanía hemos decidido centrarnos en el análisis comparado en los EEMM. En todo caso, *vid.* ABDUL RAHMAN, N y AHAMAT, H., *Competition Law in Malaysia*, Subang Jaya, Sweet and Maxwell Asia, 2016, pp. 101-102. Otro ejemplo, aunque no tan alejado, es el de Serbia, puesto que en el art. 9 de la Ley de Defensa de la Competencia serbia se exige como elemento de tipicidad la restricción sensible o significativa de la competencia. *Vid.* KAJOVIC, T y GAJIN, D., *Competition Law...*, cit., pp. 115-116.

<sup>886</sup> Art. IV.1 del Código de Derecho económico belga, de 28 de febrero de 2013. El precepto original en francés reza “*Sont interdits, sans qu'une décision préalable ne soit nécessaire à cet effet, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou*



“*merkittävästi*”, el cual se puede traducir como “significativamente”<sup>887</sup>. Asimismo, según la normativa concurrencial italiana, no está prohibido simplemente “*impedire, restringere o falsare*” la competencia. Antes bien, esto debe hacerse “*in maniera consistente*”<sup>888</sup>. Otro claro ejemplo de este planteamiento lo encontramos muy cerca, en Portugal, donde su ley protectora de la competencia nos dice que un acuerdo queda prohibido siempre que tenga por objeto o por efecto “*impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência*”<sup>889</sup>. Y más contundente resulta aún la previsión legal de la República Checa, puesto que en su equivalente nacional al art. 101.1 TFUE se afirma que los acuerdos con un insignificante impacto en la competencia no deben ser prohibidos<sup>890</sup>.

El contraste de estos ordenamientos, bastante numerosos, con los regímenes jurídicos de Alemania y Francia, de gran influencia en nuestro país, explica en buena medida el desconcierto que ha existido en España en torno a la doctrina *de minimis*. Es verdad que el régimen previsto en la LDC/89 para los acuerdos de menor importancia no era singular desde una perspectiva comparada. Mas no menos cierto es, igualmente, que la normativa *antitrust* española se distanciaba en esta materia de la UE y de la mayoría de sus EEMM.

A nuestro juicio, la excepción a la regla general que suponen los ordenamientos de Alemania y Francia podría tener una explicación sencilla: Por un lado, el régimen jurídico germano ha prestado atención a los “*Mittelstandkartell*” desde que se comenzó a fraguar su

---

*une partie substantielle de celui-ci*”. Disponible en [www.ejustice.jus.fgov.be](http://www.ejustice.jus.fgov.be) (Consultada por última vez el 5 de agosto de 2021). En la versión inglesa disponible en la página de la autoridad de la competencia belga se traduce este texto de la siguiente forma: “*Without the need for a prior decision to that effect, all agreements between undertakings, all decisions by associations of undertakings and all concerted practices, the aim or consequence of which is to prevent, restrict or distort significantly competition in the Belgian market concerned or in a substantial part of that market are prohibited*”. Disponible en [www.belgiancompetition.be](http://www.belgiancompetition.be) (Consultada por última vez el 5 de agosto de 2021).

<sup>887</sup> Art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia finesa, de 12 de agosto de 2011. La versión original está disponible en [www.finlex.fi](http://www.finlex.fi) (Consultada por última vez el 5 de agosto de 2021). En la versión inglesa disponible en la misma dirección web y facilitada por la ANC el precepto se traduce de la siguiente forma: “*All agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings, and concerted practices by undertakings which have as their object the significant prevention, restriction or distortion of competition or which result in a significant prevention, restriction or distortion of competition shall be prohibited*”. Énfasis añadido. Otro país nórdico, Suecia, también contempla una expresión similar, pues en la versión en inglés de su Ley de Defensa de la Competencia se afirma que “*agreements between undertakings shall be prohibited if they have as their object or effect, the prevention, restriction or distortion of competition in the market to an appreciable extent*”. Énfasis añadido. Disponible en [wipolex-res.wipo.int](http://wipolex-res.wipo.int) (Consultada por última vez el 8 de agosto de 2021).

<sup>888</sup> Art. 2 *della norme per la tutela della concorrenza e del mercato* (Ley de Defensa de la Competencia Italiana), de 10 de octubre de 1990. Disponible en [www.agcm.it/competenze](http://www.agcm.it/competenze) (Consultada por última vez el 5 de agosto de 2021).

<sup>889</sup> Art. 9 de la Ley de Defensa de la Competencia portuguesa, de 8 de mayo de 2012. Disponible la versión original y en inglés en <http://www.concorrenca.pt> (Consultada por última vez el 6 de agosto de 2021).

<sup>890</sup> Art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia checa de 4 de abril de 2001. La versión inglesa facilitada por la autoridad nacional checa traduce la última frase de la versión original en checo como “*agreements with insignificant impact on competition shall not be prohibited*”. Disponible en [www.uohs.cz/en/legislation.html](http://www.uohs.cz/en/legislation.html) (Consultada por última vez el 6 de agosto de 2021).

Derecho *antitrust* interno<sup>891</sup>. La amplia tradición que ya existía de esta figura jurídica para cuando la doctrina *de minimis* comunitaria adquirió cierta entidad, explicaría el recelo del legislador alemán a modificar su legislación de un modo que vacíe de contenido su propia institución. Por otro lado, en el ordenamiento jurídico francés la ANC gala de la competencia fue contraria en un primer momento a la aplicación de la doctrina *de minimis*<sup>892</sup>. Fue la doctrina científica y los órganos jurisdiccionales los que lograron que el legislador francés, finalmente, incorporase los acuerdos de menor importancia al Código de Comercio<sup>893</sup>. En la redacción de la normativa sobre esta materia, se tuvieron presentes, precisamente, dos ordenamientos cercanos: 1º) El ordenamiento alemán, razón por la que el art. L. 420.4 del Código de Comercio francés es casi idéntico al régimen de los “*Mittelstandkartell*”<sup>894</sup>. 2º) Nuestra LDC/89, motivo por el cual existe un gran paralelismo entre el art. L. 464.6 del Código de Comercio francés y la derogada normativa española<sup>895</sup>.

No es extraño, por tanto, que la doctrina científica fuese crítica con la LDC/89 en lo que se refiere a esta cuestión<sup>896</sup>. Ejemplificativas de esta valoración negativa, que indudablemente compartimos, son las siguientes palabras: “Esta regulación legal de los acuerdos *de minimis* es a nuestro juicio totalmente errónea. No es que haya que autorizar las medidas limitativas de la competencia que no tengan entidad suficiente para afectar a la competencia, sino que se trata de conductas no prohibidas por la cláusula general del art. 1 LDC/89. Son acuerdos que no limitan la competencia. Esta es la posición adoptada por las autoridades comunitarias, por ello resulta más sorprendente su prohibición, ya que el legislador español dice inspirarse en las normas comunitarias de política de competencia”<sup>897</sup>.

En rigor, la LDC/89 incurre en el fallo conceptual genérico de no exigir una cualificación de las restricciones de la competencia, configurando así una prohibición radical que no tiene prácticamente parangón en sede comunitaria<sup>898</sup>. Se comete un error de partida, “no es que haya que conceder una autorización individual o por categorías, porque ello supone la previa existencia de limitaciones de la competencia, lo que realmente sucede es que, en este caso, no existe una limitación de la

<sup>891</sup> GRAUEL, H y MACK, W., *Das Mittelstandskartell...*, cit., *passim*.

<sup>892</sup> DECOCQ, A y DECOCQ, G., *Droit de...*, cit., pp. 308-313 y VOILLEMOT, D., “Competition Law...”, cit., p. 172.

<sup>893</sup> *Ibidem*, pp. 308-311 e *ibidem*, p. 172.

<sup>894</sup> En particular, nos referimos al art. 3 de la de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley de defensa de la competencia alemana), de 26 de agosto de 1998.

<sup>895</sup> En particular, el art. 464.6 del Código de Comercio francés dice lo siguiente: “*Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, l'Autorité de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure. Cette décision est motivée*”. Énfasis añadido.

<sup>896</sup> GÓMEZ SEGADE, J.A., “La nueva Ley...”, cit., pp. 584-585; COSTAS COMESAÑA, J., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., p. 154; MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 8; GALÁN CORONA, E., “Capítulo 4...”, cit., p. 204; DORRONSORO, C., “Artículo 5...”, cit., p. 230; RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., p. 156 y VALLINA, R., “*¿De minimis*...”, cit., pp. 47-61.

<sup>897</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., p. 154.

<sup>898</sup> GÓMEZ SEGADE, J.A., “La nueva Ley...”, cit., p. 584.

competencia”<sup>899</sup>. De ahí que la opción de política legislativa seguida por la LDC/89 en esta materia nos merezca una opinión desfavorable.

Además, conviene apuntar que esta inconsistencia de la regulación española no fue subsanada en la sucesiva reforma de la LDC/89, auspiciada por el RD 7/1996 de 8 de junio de 1996<sup>900y901</sup>. Aunque una de sus modificaciones afectó de lleno a la disciplina legal de los acuerdos de menor importancia, ésta consistió en la incorporación al art. 1 LDC/89 de un nuevo apdo. 3º, con la finalidad de permitir a las ANC concentrar sus esfuerzos en perseguir únicamente las conductas que tuviesen efectos más significativos sobre la competencia<sup>902</sup>.

En concreto, el nuevo art. 1.3 LDC/89 facultaba a los órganos supervisores de la competencia para “decidir no perseguir conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”<sup>903</sup>. De modo que la configuración de la doctrina *de minimis* quedaba caracterizada fundamentalmente por dos reglas: 1º) de una parte, la posibilidad de exención individual o por un hipotético REC contemplada en la redacción de la LDC/89 original que el RD 7/1996 no alteró; y, de otra parte, 2º) la facultad de no persecución por los órganos administrativos competentes. En todo caso, los acuerdos inapreciables seguían siendo ilícitos para el Derecho *antitrust* español<sup>904</sup>.

<sup>899</sup> *Ibidem*, p. 585.

<sup>900</sup> Entre otros, MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 77; COSTAS COMESAÑA, J., *Los Cárteles...*, cit, pp. 69-80 y MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 9. De hecho, BERENGUER FUSTER, L y GINER PARREÑO, C.A., “Comentarios críticos...”, cit., p. 24 incluso la llegaron a calificar de “engendro”. En contra, en todo caso, PASCUAL Y VICENTE, J., “Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia, *DN*, núm. 205, 2000, pp. 14-15. Más allá de la doctrina citada, el TDC también se mostró claramente disconforme con la regulación vigente en aquel momento en la RTDC de 26 de mayo de 1999, *Vileda/Tervi* (Expte. 437/98), confirmada por la STS de 29 de septiembre de 2006 (núm. rec. 6904/2003).

<sup>901</sup> Sobre esta Ley y sus principales novedades, por todos: DE LA VEGA GARCÍA, F., “Tendencias generales de la evolución del Derecho interno de defensa de la competencia”, *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 625-651; URÍA FERNÁNDEZ, F., “Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de la competencia”, *GJUE*, núm. 204, 1999, pp. 67-78; BERENGUER FUSTER, L y GINER PARREÑO, C.A., “Comentarios críticos...”, cit., pp. 22-34 y PASCUAL Y VICENTE, J., “Las conductas prohibidas...”, cit., pp. 10-32.

<sup>902</sup> Entre otros, ALONSO SOTO, R., “La modificación de la Ley española de Defensa de la Competencia”, *GJUE*, núm. 122, 1997, pp. 2-3; MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 9 Y TRONCOSO REIGADA, M y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *Competition law in Spain*, The Netherlands, Wolter Kluwer, 2018, pp. 28-29. Por otro lado, este planteamiento se sigue en la actualidad en algún ordenamiento jurídico, como el peruano, donde se ha rechazado la adopción de una regla *de minimis* con carácter general y que la ANC deja de perseguir ciertos acuerdos. *Vid.*, BULLARD GONZÁLEZ, A., *Competition Law in Peru*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2017, p. 38.

<sup>903</sup> Algunos de los problemas que plantea esta nueva previsión son señalados por ALONSO SOTO, R., “La modificación...”, cit., pp. 2-3.

<sup>904</sup> COSTAS COMESAÑA, J., *Los Cárteles...*, cit., pp. 69-80 y MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla de *de minimis*...”, cit., p. 9. Además, PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario...*, cit., p. 77 destaca que la reforma suscita otras críticas más allá de las señaladas, como es la falta de parámetros objetivos que deja al albur de la ANC la apreciación de la “capacidad de afectar significativamente a la competencia”, menoscabando así la seguridad jurídica.

En lo que respecta a la facultad de no persecución por parte de los órganos administrativos, lo cierto es que no contamos con demasiados asuntos en los que el TDC hiciera uso de esa facultad. A pesar de ello, de los existentes se pueden extraer conclusiones interesantes. Por un lado, la práctica administrativa era errante en lo que concierne a la relevancia que se debía de otorgar, en el Derecho interno, a la Comunicación *de minimis* dictada por la CE. Así, en alguna ocasión el TDC aseguró que las partes del acuerdo podían confiar legítimamente en que aquella sería tomada en consideración en España<sup>905</sup>. Sin embargo, meses más tarde el TDC dijo justamente lo contrario, enfatizando en esa ocasión que la Comunicación no vinculaba a los EEMM y que, por ello, estos podían aplicar el art. 101.1 TFUE si así lo estiman conveniente<sup>906</sup>. Incluso es posible encontrar casos de fijación horizontal de precios en los que existe una total ausencia de razonamiento para concluir que el acuerdo es de menor importancia, como si ello fuese una especie de concesión graciosa del órgano competente que quedase a su total arbitrio<sup>907</sup>.

A igual conclusión se llega, lamentablemente, si reparamos en las modificaciones realizadas merced a la Ley 52/1999, de reforma de la LDC/89. No en vano, esta norma tampoco enmienda el camino equivocado que había tomado el legislador español<sup>908</sup>. De hecho, resulta bastante claro que las conductas de menor importancia continuaban siendo prácticas restrictivas de la competencia y, por ende, ilícitas<sup>909</sup>. No obstante, es de justicia señalar que parte de la doctrina y la práctica administrativa no escatimó en esfuerzos interpretativos para tratar de mitigar en lo posible la deficiente redacción de la materia que nos ocupa<sup>910</sup>.

<sup>905</sup> RTDC de 24 de septiembre de 1997, *Hüls España* (Expte. 400/97). En líneas similares, también es tomada en consideración la Comunicación *de minimis* (aunque a nuestro juicio, lo decisivo para el TDC no es la Comunicación, sino el acervo comunitario que se deriva de la STJUE en el asunto *Völk*) en la RTDC de 26 de mayo de 1999, *Vileda/Tervi* (Expte. 437/98), confirmada por la STS de 29 de septiembre de 2006 (núm. rec. 6904/2003).

<sup>906</sup> RTDC de 13 de marzo de 1998, *Resopal* (Expte. 402/97).

<sup>907</sup> RTDC de 4 de mayo de 1999, *Hoteles Hernani* (Expte. 459/99). Al respecto, cabe decir que el TDC tiene en cuenta el hecho de que los participantes del acuerdo cesaron en la conducta cuando tuvieron conocimiento del inicio de actuaciones por parte del órgano competente. Sin embargo, a nuestro juicio, esto no es un criterio que tenga cabida en el test de la apreciabilidad ni que pueda justificar, por sí solo, que nos encontremos ante un acuerdo de menor importancia. En nuestra opinión, al tratarse de una fijación horizontal de precios de la cual las partes eran plenamente conscientes, se tendría que haber estudiado el mercado más en profundidad. Número de participantes, cuotas de mercado, número de consumidores afectados, etc. Si bien es cierto que la competencia no quedó afectada sensiblemente, la conducta sí que tenía aptitud para falsear significativamente los precios del centro de Hernani. Creemos que el TDC tiene en consideración únicamente el tamaño de las empresas en cuestión, y eso, a la luz de la argumentación que hemos seguido en la primera parte de este trabajo, no nos parece una praxis demasiado correcta. Bien argumentado, sin embargo, sí que podría ser un ejemplo de lo que en alguna ocasión ha defendido ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los cárteles...”, cit.

<sup>908</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Acuerdos de reducción...”, cit., p. 79; BERENGUER FUSTER, L y GINER PARREÑO, C.A., “Comentarios críticos...”, cit., p. 25 y RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia práctica...”, cit., p. 23.

<sup>909</sup> La licitud o ilicitud de los acuerdos *de minimis* tras la reforma de 1999 es considerada una cuestión abierta y discutible por MIRANDA SERRANO, L.M., “La problemática *antitrust*...”, cit., *passim*.

<sup>910</sup> *Ibidem*, pp. 679-730; FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust*..., cit., pp. 111 y ss; COSTAS COMESAÑA, J., *Los Cárteles*..., cit., pp. 74-80 e ÍDEM., “Los acuerdos de menor importancia...”, cit., p. 154-170. En cuanto a la práctica administrativa nos referimos a la RTDC de 18 de febrero de 1999, *Prensa de Segovia* (Expte. 434/98).

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, conviene señalar que como antecedente del art. 1.3 LDC/89, introducido por el RD 7/96, encontramos la enmienda presentada por el Grupo Coalición Popular, que consistía precisamente en incorporar al texto del art. 1.1, después de “falsear la competencia”, la expresión “de manera significativa”<sup>911</sup>. Además, contemplaba la adición de un apdo 3º en el que se disponía que “se impide, restringe o falsea de manera significativa la competencia cuando los productos objeto del acuerdo supongan más del 5% del mercado afectado de estos productos o cuando el volumen total de negocios realizados por las empresas participantes en el último ejercicio rebase los 600 millones de pesetas”.

A nuestro juicio, esta formulación hubiese sido mucho más acertada que aquella que finalmente se impuso. De hecho, coincide *en cierta manera* con la propuesta que realizamos al final de esta segunda parte del trabajo. Dos motivos justifican esta opinión favorable:

1º) Al igual que sus homólogos en Derecho comparado anteriormente citados, pone de relieve que el test de la apreciabilidad está presente en el tipo y que el carácter significativo de la restricción concurrencial es un presupuesto de la prohibición. De modo que deja claro que los acuerdos de menor importancia son comportamientos lícitos, tal como ocurre en sede comunitaria<sup>912</sup>. En consecuencia, el art. 3.2 d) habría tenido que considerarse tácitamente derogado por su incompatibilidad con el art. 1 LDC/89 en la redacción propuesta<sup>913</sup>.

2º) Evita confusiones innecesarias y contraproducentes entre los comportamientos no sujetos a la prohibición *antitrust* (esto es, que caen fuera del art. 101 TFUE o equivalente en el ámbito nacional) y las conductas sujetas, pero exentas (art. 101.3 TFUE o equiparable). Ello con el resultado final de permitir al intérprete conocer con seguridad cómo ha de proceder a la hora de encajar un acuerdo en el precepto que prohíbe los acuerdos colusorios.

Sin embargo, si hemos señalado que esta propuesta de enmienda coincide en cierto grado (aunque no en su totalidad) con la que realizamos al final de este trabajo,

<sup>911</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A, núms. 105-106, pp. 23 y 41. Sobre esta enmienda, *vid* COSTAS COMESAÑA. J., *Los Cárteles...*, cit., pp. 70-74.

<sup>912</sup> *Ibidem*, pp. 72-74.

<sup>913</sup> *Ibidem*, pp. 73-74. El autor esgrime tres motivos para sostener que la *voluntas legislatoris* era considerar los acuerdos *de minimis* como lícitos: 1º) la Exposición de motivos del RD 7/96 en virtud de la cual se asegura que el objetivo de la modificación de la LDC/ 89 era dotar de “mayor transparencia y agilidad al tratamiento de las conductas y prácticas restrictivas”. 2º) Ubicación de la doctrina de la menor importancia en el art. 1 LDC/89, donde se establece la prohibición, y no en el art. 3 LDC/89, que es donde se establecen las condiciones para la autorización. 3º) El inciso final del art. 1.3 LDC/89 en la redacción propuesta que permitía al Servicio de Defensa de la Competencia inadmitir denuncias, en concordancia con el art. 36.2 LDC/89 que preveía que las denuncias se podrían archivar cuando no hubiese “indicios racionales” de conductas prohibidas.

pero no en su totalidad, es porque no compartimos la fijación de criterios en el propio precepto. En nuestra opinión, como ocurre en la UE, los elementos para determinar el carácter apreciable o sensible no deben definirse de manera exhaustiva y cerrada en una norma con carácter vinculante, pues eso resta flexibilidad y margen de apreciación a los órganos administrativos y judiciales encargados de aplicar la norma<sup>914</sup>.

Cierto es, empero, que para amortiguar la inseguridad jurídica que genera esa misma omisión, la ANC (como también hace la CE) “debe hacer públicos los criterios o pautas de enjuiciamiento que, con carácter general, permitan a los propios agentes económicos establecer la línea de separación entre los acuerdos de escasa importancia y aquellos que causan o pueden causar una limitación sensible de la competencia”<sup>915</sup>.

De todos modos, la enmienda a la que nos referimos cayó en saco roto en la medida en que finalmente se impuso un art. 1.3 LDC/89 cuya literalidad, junto al art. 3.2 LDC/89, concebía los acuerdos *de minimis* como comportamientos ilícitos, pero autorizables o no perseguibles por la autoridad *antitrust*.

En nuestra opinión, por tanto, la LDC/89 debe calificarse como “la gran corruptora” del régimen de la teoría de la apreciabilidad en España. No en vano, es la culpable de que hoy en día exista en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en Italia o Portugal, una idea poco nítida o consistente acerca de los comportamientos *de minimis*. Si hay todavía quien piensa que una conducta insignificante para la competencia está prohibida por la legislación *antitrust*, o quien ubica el test de sensibilidad en el apdo. 3º del art. 1 LDC o del art. 101 TFUE, no hay la menor duda de que la LDC/ 89 ha tenido algo que ver.

### **3. Decisiones destacables del TDC anteriores a la legislación vigente**

#### *3.1. Cajas rurales de Jalón y Zaragoza*

El supuesto de hecho que está detrás de esta resolución consiste, básicamente, en que dos Cajas rurales, *Caja Rural del Jalón* y *Caja Rural de Zaragoza*, llegan a un acuerdo para el cierre coordinado de oficinas en pequeñas localidades donde no son rentables. De este modo, en algunos territorios sale del mercado una de las empresas mientras que la otra sí que permanece en él y, a la inversa, en otros tantos lugares se

---

<sup>914</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>915</sup> *Ibidem*, pp. 71-72.

intercambian estos roles. En definitiva, un pacto de reparto de mercado, como bien reconoce el propio TDC<sup>916</sup>.

La solución brindada a este asunto nos resulta interesante por un doble motivo. Por un lado, por lo que es, ya que se trata (que sepamos) del único supuesto en el que se concede una autorización individual en virtud del art. 3.d) LDC/89 [*infra*, a]<sup>917</sup>. Por otro lado, también destaca por lo que debería ser, ya que su fundamentación, matizaciones al margen, es útil para comprender en la práctica las conclusiones alcanzadas en la primera parte de este trabajo [*infra*, b].

a) Lo que este pronunciamiento es

En efecto, el TDC consideró que esta concurrencia de voluntades se trataba de un acuerdo restrictivo de la competencia que encajaba en el art. 1 LDC/89. De hecho, destacó que ante una coyuntura económica como la descrita, esto es, la falta de rentabilidad en ciertas localidades, las empresas pudieron decidir simplemente cerrar en esos lugares, sin pacto alguno, o incluso plantearse una fusión o adquisición de empresa. La diferencia es que esas actuaciones no estarían prohibidas por la Ley, pero sí la que se pretendía llevar a cabo. Sin embargo, tras este razonamiento, también observó que el acuerdo tenía encaje en el art. 3. d) LDC/89, quedando entonces autorizado, merced a su incapacidad para afectar sensiblemente a la competencia. Para ello, el TDC se apoyó en diversos motivos:

1º) En primer lugar, lo consideró insignificante para el interés público y la situación económica general porque las entidades eran relativamente pequeñas, contaban con pocos recursos y se veían abocadas a competir con otras dos clases de entidades de depósito, es decir, la Banca y las Cajas de Ahorros, inmersas en un proceso de concentración.

2º) Además, el TDC tuvo en cuenta que el acuerdo afectaba únicamente a un número limitado de localidades, esto es, que la extensión del pacto era bastante reducida. Curiosamente, cabe recordar que éste es uno de los elementos que el TJUE ha tenido en cuenta al abordar la cuestión del carácter abusivo de algunas conductas ejercidas por empresas con posición de dominio, aplicando un cierto test de sensibilidad<sup>918</sup>.

<sup>916</sup> Si bien el Servicio de Defensa de la Competencia considera que no es un acuerdo de reparto de mercado, esta opinión no es compartida (con razón) por el TDC. *Vid* RTDC de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98), apdo. 2º.

<sup>917</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Acuerdos de reducción...”, cit., pp. 78-79.

<sup>918</sup> *Supra*, 1ª Parte, V, 2.2. En particular, STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel* (asunto C-413/14) y STGUE de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation* (asunto T-286/09, Renv), apdos. 143º-145º.

3º) Finalmente, la ANC consideró relevante el hecho de que en esos pequeños mercados existía un operador, *Ibercaja*, que mantenía una elevada cuota a pesar del acuerdo. Asimismo, tuvo en cuenta la existencia de un proceso de reestructuración de la actividad financiera a nivel europeo, del cual resultaba que la dimensión media de las entidades crediticias se había incrementado de forma significativa.

En palabras del TDC, “parece que, a la luz de esas circunstancias económicas generales, el negar a dos pequeñas cajas la posibilidad de reestructurar sus actividades según el modelo elegido, ciertamente poco usual y cuya generalización como modelo sería indeseable, pero que apunta en el mismo sentido de racionalizar la actividad, resultaría inadecuado”<sup>919</sup>.

b) Lo que este pronunciamiento debería ser

El TDC, limitado por el régimen legal de la teoría de la apreciabilidad o sensibilidad tal como era concebida por la LDC/89, parte de la premisa de que el acuerdo enjuiciado es ilícito. En rigor, lo cierto es que la interpretación literal de la Ley no permitía otra cosa. No obstante, obviando este detalle y atendiendo exclusivamente al razonamiento seguido por la ANC, se podrá observar que las conclusiones alcanzadas en la primera parte de este trabajo son coherentes. No en vano, este pronunciamiento resulta ser un buen ejemplo de la *correcta aplicación* de alguno de los aspectos más complejos o controvertidos de la doctrina *de minimis*<sup>920</sup>. He aquí las razones en las que nos apoyamos:

1ª) *La calificación del comportamiento como restricción por el objeto*. Resulta curioso que el supuesto ante el que nos encontramos sea un acuerdo de reparto de mercado. Como es sabido, éste consiste en uno de los supuestos clásicos y ejemplificativos enumerados en el propio precepto que tipifica las conductas colusorias, tanto a nivel comunitario como nacional.

En rigor, no cabe duda de que se trata de una conducta que cuenta con una experiencia sólida y fiable que avala su grado suficiente de nocividad para la competencia. De modo que la mayoría de juristas estarían de acuerdo en afirmar que nos encontramos ante una restricción por el objeto. Sin embargo, ha de destacarse que esta circunstancia no impide al TDC encajar este acuerdo dentro de la categoría de conducta inapreciable o de escasa importancia<sup>921</sup>.

<sup>919</sup> RTDC de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98), apdo. 3º.

<sup>920</sup> Ciertamente, empero, que COSTAS COMESAÑA, J., “Acuerdos de reducción...”, cit., pp. 87-88 puso de manifiesto que la solución planteada al supuesto fue, en realidad, bastante improvisada y forzada.

<sup>921</sup> En contra *ibídem*, p. 85.



2ª) *La apreciabilidad o la doctrina de minimis y el contexto jurídico y económico.* Si recordamos lo comentado en la primera parte de este trabajo en relación con el concepto de restricción por el objeto, se estará de acuerdo en que la conducta enjuiciada podría no ser considerada de este tipo merced a su contexto jurídico y económico<sup>922</sup>. Al respecto, no cabe la menor duda de que el examen en el caso particular, consigue arrojar serias dudas acerca del *grado suficiente de nocividad del acuerdo*.

De modo que no es descabellado afirmar que el test de apreciabilidad queda subsumido en el contexto jurídico y económico que se ha de tener en cuenta a la hora de discernir si nos encontramos ante una restricción por el objeto o por el efecto. Si se observa el razonamiento del TDC, se verá que precisamente se alcanza la conclusión de que es un acuerdo *de minimis* merced a cuestiones que conciernen al contexto jurídico y económico, tales como la posición relativa de las empresas respecto al gran competidor o el proceso de concentración europeo en el que se encontraba inmerso este sector económico.

3ª) *La conexión de la apreciabilidad con otros criterios que determinan la existencia de una restricción de la competencia.* Cuando comentamos la jurisprudencia del TJUE en materia de acuerdos de menor importancia, tuvimos ocasión de comprobar que a veces esta cuestión no se separa de forma nítida de otros criterios hermenéuticos que permiten cuestionar la existencia de una verdadera restricción de la competencia<sup>923</sup>. Este es el caso, entre otros, del análisis contrafactual<sup>924</sup>. Pues bien, el presente asunto es una clara muestra de que esto ocurre en la práctica.

Llama la atención que en ausencia del acuerdo las dos empresas habrían estado abocadas al cierre en esas localidades en el medio plazo por la falta de rentabilidad. En ese escenario alternativo, esos pequeños mercados contarían únicamente con un operador, *Ibercaja*. Por tanto, en ausencia del acuerdo, habría finalmente aún menos competencia. De modo que el comportamiento enjuiciado no puede reputarse sino insignificante para el interés público y la competencia efectiva. De hecho, incluso habría quien podría considerarlo procompetitivo.

4ª) *Los criterios cuantitativos no lo son todo.* Creemos no equivocarnos al afirmar que un número nada desdeñable de juristas concibe la doctrina *de minimis* como una cuestión de cuotas de mercado (de ahí que también se haya popularizado la expresión “regla *de minimis*”). Ya explicamos en la primera parte de este trabajo que

<sup>922</sup> *Supra*, 1ª Parte, IV, 3.1.

<sup>923</sup> *Vid, supra*, 1ª Parte, III, 1.2.

<sup>924</sup> GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 119.

este error se debe, especialmente, a la relevancia otorgada en esta materia a las Comunicaciones de menor importancia. También advertimos que estos umbrales no son una frontera mágica entre lo significativo y lo insignificante, sino que su utilidad debe considerarse relativa, en la medida en que ciertos criterios cualitativos tienen cabida en el test de la apreciabilidad o sensibilidad.

El razonamiento en este asunto es buena prueba de ello. No en vano, resulta innegable que un acuerdo entre competidores con una cuota de mercado próxima al 30% se encuentra muy lejos de encajar dentro de lo que históricamente se ha considerado permisible merced a los umbrales previstos por las Comunicaciones *de minimis* de la CE. Entonces, ¿por qué se considera de menor importancia y se tolera sin más? Pues, sencillamente, porque la cuota de mercado es un elemento a tener en cuenta en la teoría de la apreciabilidad, pero ésta no puede quedar reducida a esos umbrales<sup>925</sup>. De lo contrario, cobraría sentido la concepción de los acuerdos *de minimis* como una excepción, más que como comportamientos lícitos que no dañan ni ponen en peligro la competencia efectiva.

5ª) *La aproximación más económica no es matemática, sino argumentativa.* Cuando abordamos el carácter sensible de la restricción de la competencia en sede comunitaria, aseveramos que la tendencia del Derecho *antitrust* a una aproximación más económica no tiene que traducirse, necesariamente, en que el Derecho sea canibalizado por la economía. A nuestro juicio, el análisis económico de las ciencias jurídicas no exige que los juristas se conviertan en economistas y menos aún en matemáticos. Al fin y al cabo, la argumentación (aunque en términos económicos) sigue siendo la piedra angular<sup>926</sup>.

### 3.2. Prensa de Segovia

En este otro asunto, en concreto, se enjuicia un acuerdo de la Asociación de vendedores de prensa y revistas de Segovia, merced al cual se compele a los asociados

<sup>925</sup> Otro ejemplo es la RTDC de 12 de mayo de 1997, *Boletín Ganvam* (Expte. 398/97). No en vano, en este asunto el TDC fundamenta la menor importancia en que la recomendación de precios había tenido lugar solo para ciertos modelos de coche de los que no existían datos estadísticos disponibles y que en todo caso se utilizaban los precios del año anterior, por lo cual no se podía afectar sensiblemente al mercado de vehículos de segunda mano.

<sup>926</sup> Bien es cierto que los comportamientos *de minimis* por su propia naturaleza son fundamentalmente dinámicos y, por tanto, visibles no solo para un supuesto específico, sino también para un momento histórico, lo cual deja a los Tribunales y a las autoridades *antitrust* un importante grado de discrecionalidad: FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., “Conductas prohibidas autorizadas y autorizaciones singulares”, en AA. VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 1998*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 106. Por este motivo, abogamos porque la referencia para cualquier razonamiento que se haga en esta materia sea el bien jurídico protegido y el principio de lesividad, en el sentido de que tiene que existir un daño o peligro suficiente para la competencia efectiva. Esto, en todo caso, no debe confundirse con la arbitrariedad, la cual consiste en dar una determinada solución (en este caso, la calificación de un acuerdo como *de minimis*) sin razonamiento alguno. Ejemplo de esta forma indebida de proceder es, a nuestro juicio, la RTDC de 4 de mayo de 1999, *Hoteles Hernani* (Expte. 459/99).

a que no vendan prensa ni revistas durante dos días consecutivos. El objetivo último era presionar al distribuidor, del cual dependían económicamente, para que se mostrase más flexible en las negociaciones, ya que, al parecer, imponía condiciones bastante gravosas a los pequeños empresarios.

Es una actuación, en cierto modo, equiparable a la acción sindical que en una empresa pueden llevar a cabo sus trabajadores. En cualquier caso, es una decisión que también perjudicaba económicamente a los propios vendedores y que, precisamente por ello, únicamente fue parcialmente secundada por los asociados.

En rigor, ha de recordarse que en este momento la regulación en torno a la doctrina *de minimis* consideraba que los acuerdos de menor importancia eran pactos ilícitos, pero autorizables o no perseguibles por la autoridad administrativa. Es por ello que, desde nuestro punto de vista, esta resolución supuso una interpretación *sui generis* de la legislación vigente en ese momento cuyo resultado último fue, en definitiva, considerar un acuerdo restrictivo de la competencia de menor importancia como un comportamiento plenamente lícito<sup>927</sup>.

Para ello, el TDC recurrió a la *teoría de la aptitud restrictiva de la conducta*. Ésta, en realidad, no es otro cosa que un test de apreciabilidad camuflado o disfrazado, con la finalidad de salvar el obstáculo que suponían los vetustos arts. 1.3 y 3.2 d) LDC/89<sup>928</sup>. De ahí que no falten autores que incluyan este pronunciamiento al hablar de las conductas *de minimis*<sup>929</sup>. Incluso es posible encontrar algún pronunciamiento judicial que, reconociendo implícitamente la utilidad del atajo empleado por el TDC en esta resolución, no se resiste a considerar que un acuerdo no tiene aptitud para restringir la competencia si presenta una escasa trascendencia<sup>930</sup>.

De modo que podemos comentar la solución ofrecida a este caso desde una doble perspectiva. Por un lado, por lo que dice, ya que se trata de un supuesto en el cual un acuerdo restrictivo de la competencia es considerado lícito merced a su falta de aptitud para afectar a la competencia sobre la base de diferentes criterios cualitativos [*infra*, a]. Pero por otro, también es reseñable lo que en realidad quiere decir, puesto que al fin y al cabo se trata de un pacto que es considerado *de minimis* merced a su corta duración, la peculiar configuración del mercado y la escasa cobertura de la práctica [*infra*, b]. Es, en suma, un buen ejemplo de un acuerdo restrictivo que no

<sup>927</sup> En este mismo sentido, MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., pp. 9-10.

<sup>928</sup> Esto se observa también con posterioridad en la RTDC de 26 de mayo de 1999, *Vileda/Tervi* (Expte. 437/98), contando incluso con el aval de la STS de 29 de septiembre de 2006 (núm. rec. 6904/2003) y en la RTDC de 27 de marzo de 2000, *Hardi Internacional* (Expte. 457/99), apdo. 4º.

<sup>929</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., pp. 9-10; BARRANTES DÍAZ, B., “Conductas colusorias...”, cit., p. 24 y COSTAS COMESAÑA, J., “Acuerdos de reducción...”, cit., p. 86.

<sup>930</sup> SAP de Cáceres, 1 de marzo de 2005 (núm. 334/2005).

entraña daño o peligro alguno para la competencia funcional, sino que simplemente perjudica intereses particulares<sup>931</sup>.

a) Lo que dice la resolución

Según el TDC, en el examen del art. 1 LDC/89 ha de constatarse “que la conducta concreta objeto del análisis tenga o no aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no haya tenido efectos prácticos sobre la misma”<sup>932</sup>. En este sentido, si la conducta en cuestión carece de aptitud para afectar negativamente a la competencia, sencillamente, no estaría prohibida<sup>933</sup>.

Así las cosas, según el TDC el acuerdo enjuiciado no tendría aptitud para afectar a la competencia merced a su corta duración. Esto independientemente de que hubiese podido perjudicar a la distribuidora e, incluso, a los consumidores que sintieran afectados sus hábitos de compra de periódicos durante los dos días de cierre. Asimismo, la ANC tuvo en cuenta que en la provincia de Segovia había más de un centenar de vendedores frente a un único distribuidor, quien además ostentaba una posición de dominio en el mercado de distribución de prensa simplemente porque no había otro<sup>934</sup>. Por tanto, concluye que no se estaría en presencia de una conducta de las prohibidas por el art. 1 LDC/89.

b) Lo que quiere decir la resolución

En el presente caso nos encontramos ante una restricción formal de la competencia<sup>935</sup>. Es cierto que la decisión de la Asociación supuso limitar la independencia con la que actuaba cada operador. Sin embargo, materialmente no podía considerarse una restricción concurrencial. En rigor, únicamente merced a una interpretación abstraída de la realidad y excesivamente anclada en el mundo de las ideas de lo que es un acuerdo colusorio, cabía sostener que nos encontrábamos ante una conducta que dañaba o ponía en peligro la competencia efectiva<sup>936</sup>. Era, en suma, un comportamiento insignificante desde el punto de vista del Derecho *antitrust*.

Ahora bien, como sabemos, en esta época el legislador concebía los acuerdos que no son capaces de afectar sensiblemente a la competencia como pactos prohibidos,

<sup>931</sup> No se debe olvidar aquí, como magistralmente han expuesto ALONSO SOTO, R., “El interés...”, cit., p. 39 y CARBAJO CASCÓN, F., “Introducción...”, cit., p. 32, que la finalidad de la normativa de defensa de la competencia es la protección de la competencia en beneficio del mercado y no la mera tutela de los competidores o de otros operadores que puedan verse afectados por las prácticas anticompetitivas.

<sup>932</sup> RTDC de 18 de febrero de 1999, *Prensa de Segovia* (Expte. 434/98), apdo. 2º.

<sup>933</sup> *Ibidem*, apdo. 3º.

<sup>934</sup> *Ibidem*, apdo. 4º.

<sup>935</sup> Pero no sería una restricción en sentido económico, en consonancia con las palabras empleadas por RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., p. 154.

<sup>936</sup> Enfoque que critica DÍEZ ESTELLA, F., “La prohibición...”, cit., p. 141, con quien coincidimos.

contrarios al art. 1 LDC/89. Por ese motivo el TDC eludió cualquier calificación en ese sentido. Sin embargo, resulta evidente que, en realidad, la ANC aplicó (a nuestro juicio, correctamente) la teoría de la apreciabilidad conforme es entendida en sede comunitaria.

En particular, el TDC fundamentó la falta de capacidad para restringir sensiblemente la competencia en la duración de la práctica, que fue solo de dos días. A ello habría que añadir que únicamente cubrió una provincia, Segovia, y que el seguimiento de la decisión fue parcial. Para colmo, el mercado examinado estaba configurado de tal manera que existían muchos pequeños empresarios sin poder de mercado y un agente que gozaba de posición de dominio, el cual podía ser calificado, a ciertos efectos, incluso de monopolio (era, de facto, un único distribuidor para ese mercado provincial).

Del conjunto de todos estos elementos (prácticamente ninguno de carácter puramente cuantitativo relacionado con cuotas de mercado) el TDC concluyó que este comportamiento debía ser considerado *de minimis* y que, en consecuencia, no era merecedor de sanción<sup>937</sup>. Escapó así, en definitiva, del ámbito de la legislación *antitrust*<sup>938</sup>.

He aquí un ejemplo que pone de manifiesto que el Derecho *antitrust* no está pensado para satisfacer intereses particulares, sino el interés público en una competencia efectiva o funcional<sup>939</sup>. No tiene sentido que una interpretación inflexible y literal de la norma proteja al agente con poder de mercado en perjuicio de aquellos pequeños empresarios que dependen de él.

Al respecto, cabe matizar que el ámbito más idóneo para juzgar esta actuación es la LCD. En concreto, habría que examinar si los hechos encajan en la cláusula general. De modo que si la decisión de la Asociación fuese contraria a la buena fe, el monopolista podría pedir responsabilidad ante un tribunal civil. Pero esa valoración,

<sup>937</sup> Debemos aclarar que es el conjunto de elementos, analizados de forma global, lo que conduce a la conclusión de que se trata de un acuerdo *de minimis*. No obstante, *cualquier elemento aisladamente considerado podría no ser prueba de la existencia de una conducta insignificante*. Así por ejemplo, puede que un acuerdo puesto en práctica únicamente por dos días quede subsumido en el art. 101.1 TFUE y/o el art. 1 LDC. No conviene pasar por alto que existen toda una serie de criterios que podrían justificar una solución diferente en otro caso. Entre ellos, se nos ocurren la naturaleza del producto o servicio, la configuración del mercado, la cobertura de la práctica, los días elegidos, el tipo de restricción, la posición relativa de los participantes del acuerdo, etc. *Vid SCHNEIDER, U., Das Bagatellkartell...*, cit., pp. 85-87

<sup>938</sup> Esto es debido a que el interés público es límite respecto a la aplicación del Derecho *antitrust*, según argumenta con gran solvencia ALONSO SOTO, R., "El interés público...", cit., p. 39. En la misma línea, MARTÍ MIRAVALLS, J., "Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la competencia", *RDM*, núm. 279, 2011, p. 310.

<sup>939</sup> Conforme doctrina administrativa, en particular, la RTDC de 30 de mayo de 1989, *Rosa de Luxemburgo y otros* (Expte. 247/89) y autorizadas voces académicas, por todas: ALONSO SOTO, R., "El interés público...", cit., p. 39.

en todo caso, es *independiente* del juicio *antitrust*, el cual ha de ser tolerante con una conducta de escasa importancia<sup>940</sup>.

### 3.3. *Vileda/Tervi*

En este asunto fue enjuiciado un contrato de cesión de *know-how* y compra exclusiva con una duración de 30 años. Sin embargo, más allá de la extensa vigencia del pacto, el TDC prestó especial atención al porcentaje de la producción total que quedó afectado por aquél. Así, se estimó que éste afectó tan solo al 0,07% del producto total fabricado y únicamente al 1% del mercado español en términos monetarios. De este modo, el TDC no dudó en invocar la doctrina del TJUE en el asunto *Völk*, ya que existía un evidente grado de similitud en lo que respecta al criterio cuantitativo manejado por el organismo jurisdiccional comunitario.

Al hilo de esta alusión a la STJUE, el TDC recordó que “a diferencia de la doctrina comunitaria de la sensibilidad, la opción del legislador español consiste en declarar que ciertas conductas siguen estando prohibidas, aunque por ser de escasa importancia pueden dejar de ser perseguidas por los órganos encargados de la defensa de la competencia”<sup>941</sup>. Acto seguido, la ANC aprovechó la ocasión para señalar su punto de vista en términos inequívocos.

En palabras del TDC, “la cuestión no debe consistir en declarar que existe una conducta prohibida, que no se persigue, sino en establecer si existe o no esa conducta prohibida. Es decir, si la firma de un contrato de licencia de *know-how* y compra exclusiva de los productos de la marca *Nuclear* con una duración de 30 años vulnera la libre competencia. Para responder a esa pregunta es preciso tener en cuenta que se trata de un producto que representa en toneladas aproximadamente el 0,07%, del total y aproximadamente el 1% en precio”<sup>942</sup>.

De estas palabras no es desacertado inferir que para el TDC las conductas de menor importancia deben ser consideradas comportamientos lícitos que caen fuera de

---

<sup>940</sup> Cabe advertir que cuando afirmamos que la conducta puede encajar en el art. 4 LCD *no pretendemos decir que automáticamente cualquier acuerdo de minimis encaje en este precepto*. No es ese, en absoluto, el sentido de nuestras palabras. Lo que queremos decir es que, una vez descartado el reproche de la LDC, habría que ver si la Ley general, esto es, la LCD, resulta aplicable o no. Para ello se ha de estudiar el asunto desde la perspectiva de los comportamientos desleales específicos, y si ninguno resulta aplicable, también desde el art. 4 LCD. Pero el hecho de que el pacto sea catalogado como un acuerdo de menor importancia no prejuzga, ni para bien ni para mal, el enjuiciamiento que se realiza en sede de Derecho de la competencia desleal. Será un acto de deslealtad o no atendiendo a la valoración que, conforme las reglas generales de aplicación de ese precepto, merezca el asunto en particular. Esto es conforme con la postura mantenida por TOBÍO RIVAS, quien cuestiona que un acuerdo de menor importancia pueda ser sin más un acto de competencia desleal en “La nueva ley española de defensa de la competencia: culminación del proceso de modernización”, *ADI*, t. XXVII, 2006-2007.

<sup>941</sup> RTDC de 26 de mayo de 1999, *Vileda/Tervi* (Expte. 437/98), apdo. 3º.

<sup>942</sup> *Ibidem*, apdo. 4º.

la normativa *antitrust*<sup>943</sup>. Así lo exigiría un correcto alineamiento con el ordenamiento jurídico comunitario, motivo por el cual tomó en consideración el criterio cuantitativo de un modo idéntico al modo en que lo empleó el TJUE lo empleó en el asunto *Völk* y los demás casos que le siguieron. No obstante, dada la regulación en materia de acuerdos de menor importancia vigente en aquel momento, el TDC se encontraba entre la espada y la pared. El ordenamiento interno le obligaba a declarar la ilicitud de la conducta mientras que el comunitario le sugería que debía hacer justo lo contrario.

El TDC salvó la evidente contradicción entre ambos regímenes jurídicos recurriendo, nuevamente, “a la aptitud para afectar negativamente a la competencia”<sup>944</sup>. De modo que empleó una doctrina *de minimis* camuflada o disfrazada. En consecuencia, concluyó que no podía afirmarse que el acuerdo fuese apto para afectar la competencia.

En palabras de la autoridad *antitrust*, “[u]na declaración en sentido contrario podría efectuarse si el poder de mercado de las empresas intervinientes en el mercado fuera mayor, pero cuando se trata de un contrato que obliga a la compra de 300 toneladas de determinado producto, con una cifra de ventas de 332 millones, con unas cuotas de mercado realmente insignificantes, este Tribunal ha de declarar que tales acuerdos carecen de aptitud para afectar la competencia. O, por expresarlo de diferente manera, que el contrato entre *Tervi* y *Royal Chemical* tenga una duración de 30 años o bien una inferior adaptada a lo que establecen los Reglamentos comunitarios es algo intrascendente para la competencia, el mercado y los consumidores, habida cuenta su escasa trascendencia económica”<sup>945</sup>. Se infiere de estos términos, por tanto, que para el TDC existía un mero conflicto entre sujetos privados sin afectación al interés público.

La conclusión anterior no resulta en absoluto sorprendente si se tiene en cuenta que entre los miembros del pleno se encontraban algunas de las voces autorizadas que han contribuido a alcanzar algunas de las ideas expuestas en este trabajo. En este sentido, no faltó quien había sostenido en alguna ocasión que la regulación en materia de acuerdos *de minimis* previa a la LDC era mejorable y que estos comportamientos debían ser reputados lícitos<sup>946</sup>. Tampoco quien había defendido con solvencia que el

<sup>943</sup> Pese a ello, en honor a la verdad, cabe señalar que también es posible encontrar resoluciones en las cuales el TDC se ciñe a una aplicación fiel de la regulación vigente de los acuerdos de menor importancia. Por todas, RTDC de 12 de mayo de 2006, *Vendedores de Prensa de Barcelona* (Expte. 517/02).

<sup>944</sup> RTDC de 18 de febrero de 1999, *Prensa de Segovia* (Expte. 434/98). De hecho, la volvería a emplear una tercera vez después del caso *Vileda/Tervi* en la RTDC de 27 de marzo de 2000, *Hardi Internacional* (Expte. 457/99), apdo. 4°.

<sup>945</sup> RTDC de 26 de mayo de 1999, *Vileda/Tervi* (Expte. 437/98), apdo. 4°.

<sup>946</sup> BERENGUER FUSTER, L y GINER PARREÑO, C.A., “Comentarios críticos...”, cit., p. 25.

Derecho de la competencia no está para dirimir conflictos privados, sino que el interés público es un límite para la aplicación de la legislación *antitrust*<sup>947</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, no deja de ser cierto que, en puridad, el TDC hizo una aplicación la doctrina *de minimis* de un modo que parecía chocar frontalmente con la normativa *antitrust* española. Por este motivo, no extraña la decisión de la parte que vió insatisfechas sus pretensiones consistente en interponer recurso contra la resolución del TDC hasta llegar al mismísimo TS. El argumento principal en que basó su pretensión fue, precisamente, la aplicación incorrecta que se había hecho del art. 1 LDC/89, en relación con la doctrina *de minimis* contenida en el art. 3.2 d).

Para sorpresa de muchos, la STS de 29 de septiembre de 2006 resultó favorable para la ANC. En palabras del TS, “dicha interpretación de la normativa aplicable al caso podrá ser discutible, pero no es una interpretación irrazonable que suponga la vulneración del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en su redacción original”<sup>948</sup>. Aseveración ésta con la que no podemos estar más de acuerdo, puesto que la forma de proceder empleada por el TDC contaba con el aval de una consolidada jurisprudencia comunitaria y un instrumento orientativo en la misma dirección, como es la Comunicación *de minimis*.

A la vista de lo que acaba de indicarse, resulta innegable que la aptitud para afectar negativamente a la competencia (más conocida como la doctrina *de minimis* o el test de la apreciabilidad) es un elemento del tipo de los acuerdos colusorios en nuestro Derecho. Esto era así incluso antes de la entrada en vigor de la LDC. Los acuerdos *de minimis* caen fuera de la normativa *antitrust* en la medida que no lesionan el interés público, sino únicamente intereses privados. Éste era el parecer del TJUE, de la CE, de la doctrina científica mayoritaria, de la ANC y del propio TS. Tan solo faltaba que el legislador español se rindiese a la evidencia y escuchase las innumerables voces que se habían pronunciado en esa dirección.

---

<sup>947</sup> ALONSO SOTO, R., “El interés público...”, cit., p. 39.

<sup>948</sup> STS de 29 de septiembre de 2006 (rec. 6904/2003).



## II. LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 3 DE JULIO DE 2007 Y SU REGLAMENTO DE DESARROLLO

Es ahora el momento de comentar detenidamente la legislación vigente, esto es, la LDC de 3 de julio de 2007. Conviene advertir, empero, que el propósito con el que llevamos a cabo esta tarea excede, con creces, del mero hecho de dar cuenta de las previsiones contenidas a lo largo de su texto que guarden relación con el objeto de estudio. En rigor, nuestro objetivo estriba en exponer cómo ha de interpretarse la legislación vigente merced a las conclusiones alcanzadas en la primera parte de este trabajo. Asimismo, para el caso de que el legislador tomase en consideración, en un futuro más o menos próximo, reformar la LDC en lo que concierne a la doctrina *de minimis*, ofrecemos también alguna propuesta de reforma con la mejor de nuestras intenciones.

Para llevar a cabo el propósito referido, diferenciaremos dos etapas: 1ª) por una parte, la fase previa a su promulgación, que estuvo caracterizada por la presencia de trabajos preparatorios de gran calado [*infra*, 1] y 2ª) por otra parte, la de aprobación y vigencia de la propia LDC en su redacción final, especialmente en lo que respecta a su art. 5 [*infra*, 2] y al RDC que lo desarrolla en sus tres primeros preceptos [*infra*, 3].

En efecto, antes de que la LDC entrase en vigor, encontramos algunos trabajos previos dignos de consideración a los que ineludiblemente tenemos que hacer al menos una breve alusión. Nos referimos, en particular, al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia y al Anteproyecto de LDC<sup>949</sup>. Ambos textos, como tendremos ocasión de comprobar, proponían la modificación de los acuerdos *de minimis*, pero bien es cierto que lo hacían en una dirección que no nos parece la más adecuada. Afortunadamente, la LDC se aparta en gran medida de estos textos, los cuales no terminaban de dar el giro sustancial que era necesario en lo relativo a la doctrina *de minimis* en España.

---

<sup>949</sup> Por un lado, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA., *Libro blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 2005. Disponible en [www.hacienda.gob.es](http://www.hacienda.gob.es) (Consultado por última vez el 13 de agosto de 2021). Entre otros, comentado por TOBÍO RIVAS, A.M., “El libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia: líneas directrices de una nueva normativa española de defensa de la competencia”, *ADI*, t. XXV, 2004-2005, pp. 499-523; DE EIZAGUIRRE, J.M., “La indispensable reforma del derecho español de la competencia”, *ADI*, t. XXV, 2004-2005, pp. 379-389 y MARCOS, F., “Comentarios sobre el libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia”, en AA.VV. (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 1998*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 351-374. Por otro, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA., *Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*, 2006. Entre otros, comentado por ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., pp. 23-41; CALVIÑO, N., “El proceso de modernización de la política de competencia en España”, *GJUE*, núm. 241, 2006, pp. 5-12; DE EIZAGUIRRE, J.M., “Observaciones...”, cit., pp. 125-143 y TOBÍO RIVAS, A.M., “El proceso de reforma de la normativa antitrust española: panorámica del anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t. XXVI, 2005-2006, pp. 559-584.

Por otro lado, en el análisis de la etapa actual, ponemos especial énfasis en destacar cómo se relaciona la teoría de la apreciabilidad (formulada en el art. 5 LDC) con los tres ilícitos *antitrust* que prevé la norma española de Defensa de la Competencia. Como se sabe, nos referimos a los acuerdos colusorios (art. 1 LDC), al abuso de posición de dominio (art. 2 LDC) y al falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3 LDC).

Por último, en todo caso, prestamos atención al desarrollo que lleva a cabo el RDC en sus tres primeros preceptos. En este sentido, aunque nos gustaría adelantar que valoramos el contenido de la LDC y el RDC favorablemente, no dejamos de proponer algunas modificaciones en aquellos e incluso, en ciertos extremos, su derogación, ya que son normas que, a nuestro juicio, resultan redundantes si la doctrina *de minimis* es interpretada correctamente.

### **1. Trabajos previos: El Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia y el Anteproyecto de Ley**

El 20 de enero de 2005 vio la luz el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia<sup>950</sup>. Este documento fue concebido, en realidad, como el “punto de partida del proceso de reforma de la legislación española en materia de defensa de la competencia”<sup>951</sup>. Toda una iniciativa de actualización, que además, contaba con un consenso generalizado respecto a su conveniencia<sup>952</sup>. En él, como no podía ser de otra manera, se hace expresa referencia a los acuerdos *de minimis* como una de las debilidades del ordenamiento *antitrust* español.

En concreto, se afirma que “la LDC no concreta la aplicación del art. 1.3, al no establecer la definición y efectos de los acuerdos de escasa importancia, pudiendo ésta referirse a la conducta en sí misma o a las empresas que lo celebran, lo que supone valorar su incidencia en el mercado que previamente ha de definirse. Adicionalmente, se ha señalado la relativa indefinición con respecto a los efectos de la escasa importancia en cuanto a si se trata de acuerdos que presentan insuficiencia de interés público para la actuación administrativa o bien en los que no concurren los requisitos para que haya infracción de la LDC. Ello, junto a la ausencia de mecanismos para la aplicación por parte de los jueces de la normativa española de competencia, supone un límite para el uso de la cláusula *de minimis* en la práctica, puesto que, si se entiende que la menor importancia no excluye la existencia de un acuerdo prohibido y la

<sup>950</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA., *Libro blanco...*, cit.

<sup>951</sup> MARCOS, F., “Comentarios...”, cit., p. 351.

<sup>952</sup> Así lo afirman, entre otros, ALONSO SOTO, R., “La nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *RDCD*, núm. 1, 2007, p. 23 y CALVIÑO, N., “El proceso...”, cit., p. 5.

Administración decide no actuar, podría no quedar garantizada la tutela judicial efectiva de los intereses en conflicto”<sup>953</sup>.

A nuestro juicio, estas palabras materializan el falso dilema al que se enfrentaba el ordenamiento español desde la promulgación de la LDC/89. Si se lee con detenimiento, se observará que existía cierta duda acerca de si los acuerdos *de minimis* presentan “insuficiencia de interés público y por eso no los persiguen las Administraciones” o si, en cambio, resulta que no concurren en ellos los requisitos del precepto. En este sentido, huelga decir que la legislación *antitrust* pivota sobre el concepto de interés público en tanto que el bien jurídico protegido es la competencia funcional, y no sobre ningún interés particular o la competencia perfecta<sup>954</sup>. Si una conducta es irrelevante para el interés público no se trata de que la Administración, discrecionalmente, pueda no perseguirla, es que no tiene cabida en la Ley. Disociar LDC e interés público nos parece un error, en la medida que el segundo es un *prius* necesario para poder aplicar la normativa protectora de la competencia<sup>955</sup>.

En consonancia con lo que acaba de indicarse, no puede causar sorpresa ni extrañeza que más adelante se incluya a las conductas de menor importancia entre las propuestas de reforma que el Libro Blanco formula. De hecho, la solución por la que abogan sus autores es evidente: “para permitir a la autoridad administrativa centrar su actuación en aquellos asuntos que generen mayores problemas desde la perspectiva de competencia, parece preciso prever la no persecución de las conductas de menor importancia por parte de las autoridades administrativas, sin que ello implique inexistencia de infracción y, por tanto, impida la persecución por las AAC, en su caso, o por los jueces. En concreto, cabe proponer la concreción del art. 1.3 introduciendo elementos cuantitativos de cuota de mercado, sobre la base de la Comunicación *de minimis* de la CE. Adicionalmente, cabría valorar la aplicación de este principio a las infracciones vinculadas con competencia desleal, en caso de mantenerse dentro de la LDC”<sup>956</sup>.

En nuestra opinión, cuando los autores del Libro Blanco se preocupan de que ciertas conductas no perseguidas en una instancia superior sí que lo sean en otra inferior, no están pensando en el carácter apreciable de la restricción concurrencial, sino más bien en la doctrina *Automec* y la correcta coordinación entre Estado y CCAA en lo que concierne a la materia de competencia<sup>957</sup>. Esto no debe resultar desconcertante, ya que como hemos visto en la primera parte de este trabajo, con frecuencia una y otra han sido confundidas. En efecto, consideramos adecuado introducir un *criterio* que sirva de reparto de competencias entre el Estado y las CCAA, de modo que aquellas conductas que tengan únicamente incidencia en una determinada región sean examinadas por la autoridad correspondiente. Sin embargo, *este*

<sup>953</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA., *Libro blanco...*, cit., pp. 49-50.

<sup>954</sup> Entre otros, ALONSO SOTO, R., “El interés público...”, cit., p. 39.

<sup>955</sup> En esta misma línea *ibídem*, pp. 40-41.

<sup>956</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA., *Libro blanco...*, cit., pp. 53-54.

<sup>957</sup> Así lo entienden también ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., p. 26 y RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., pp. 157-158.

*criterio no consideramos que sea la doctrina de minimis*<sup>958</sup>. Para que un comportamiento sea perseguido por una AAC se requiere que su incidencia negativa en el mercado sea significativa, aunque ese mercado sea de una dimensión más reducida. Si el daño o peligro que corre la competencia efectiva en la CCAA es inapreciable la conducta sencillamente cae fuera de la normativa *antitrust*, de manera que no hay órgano administrativo alguno que pueda aplicar el *ius puniendi* del Estado a un pacto que no lesiona el bien jurídico que tienen encomendado proteger.

De este modo, la doctrina sostuvo que, de conformidad con el Libro Blanco, la renovada disciplina legal de las conductas de menor importancia quedaba sustentada principalmente en tres ejes<sup>959</sup>: 1º) El primero, en absoluto disruptivo, suponía la consideración de estas conductas como auténticos comportamientos prohibidos por la normativa *antitrust*, pero susceptibles de no ser perseguidas por la anc<sup>960</sup>. En cambio, se dice explícitamente que sí podrían ser perseguidas por las AAC y judiciales. 2º) El segundo, meramente esbozado en el Libro Blanco, es la elección de una perspectiva puramente cuantitativa del carácter sensible de la restricción de la competencia. 3º) El último, a priori más original que los otros dos, es la posibilidad de extender la teoría de la apreciabilidad al ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales. A nuestro juicio, esta solución es desacertada en lo que respecta a todos los ejes:

1º) Por un lado, se insiste (equivocadamente) en que las conductas *de minimis* son comportamientos que se encuentran dentro del tipo que proscribía los pactos colusorios. Como ya hemos puesto de relieve en la primera parte de este trabajo y en el comentario a la LDC/89 y sus reformas, esta dirección nos parece equivocada en tanto que aquellas conductas que afectan de una forma insignificante a la competencia caen fuera del ámbito de aplicación de la normativa *antitrust*. De esta misma opinión parece también un amplio sector doctrinal<sup>961</sup>. De hecho, no faltó quien, con ocasión del lanzamiento del Libro Blanco, aprovechó para proponer que el test de la apreciabilidad se incorporase expresamente al tipo, de modo que el propio art. 1 LDC dijese que se tiene que impedir, restringir o falsear la competencia de forma apreciable, logrando así una cierta coherencia con el Derecho comunitario y comparado<sup>962</sup>.

<sup>958</sup> Discrepa de nosotros RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia práctica...”, cit., pp. 23-24.

<sup>959</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 10.

<sup>960</sup> De modo que las críticas realizadas a la LDC/89 persistían tras la formulación de propuestas del Libro Blanco.

<sup>961</sup> DE EIZAGUIRRE, J.M., “La indispensable reforma...”, cit., p. 385; PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 515-516; MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., pp. 10-11 y MARCOS, F., “Comentarios...”, cit., p. 359.

<sup>962</sup> DE EIZAGUIRRE, J.M., “La indispensable reforma...”, cit., p. 385 y TOBÍO RIVAS, A.M., “El libro blanco...”, cit., p. 513. También mantiene idéntica idea, aunque en referencia al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., p. 27. Incluso al reflexionar sobre la vigente LDC hay quien ha hecho la misma propuesta, como RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., p. 160.

2º) Por otro lado, sí que creemos que resulta conveniente que se esclarezcan los criterios cuantitativos contemplados por la autoridad competente<sup>963</sup>. Y, en efecto, ello debía hacerse, preferiblemente, por regulación delegada a la CNMC y con una clara inspiración en la Comunicación *de minimis* promulgada por la CE<sup>964</sup>. Sin embargo, consideramos que no debe renunciarse al empleo de criterios cualitativos, al menos en el modo que han sido empleados por el TJUE y, en ciertas ocasiones, por el propio TDC<sup>965</sup>.

3º) Por último, en lo que concierne a extender la teoría de la sensibilidad al art. 7 LDC/89, aunque nos detendremos en ello al comentar el actual art. 5 LDC, en relación con el art. 3 LDC, no nos resistimos a adelantar que eso no es necesario en la medida en que el test de la apreciabilidad es inseparable de un ilícito como el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, el cual pivota, indudablemente, en la afectación al interés público<sup>966</sup>.

Con todo, y a pesar de que la propuesta del Libro Blanco en lo relativo al objeto de estudio era bastante mejorable, el posterior Anteproyecto de LDC no introdujo ningún cambio significativo al respecto<sup>967</sup>. Este nuevo paso hacia una renovada LDC fue concebido como “un proyecto importante, ambicioso y al mismo tiempo equilibrado, que plantea retos y también ofrece oportunidades para el futuro”<sup>968</sup>. Sin embargo, siguió refiriéndose a las conductas de menor importancia como comportamientos proscritos por la normativa *antitrust*<sup>969</sup>.

Así se infería de su art. 5, el cual facultaba a la ANC o a los órganos competentes de las CCAA para no iniciar procedimientos o archivar las actuaciones o expedientes incoados respecto de conductas que, por su escasa importancia, no fuesen capaces de afectar de forma significativa a la competencia<sup>970</sup>.

Se ha de notar que estos términos son bastante similares a los empleados por el art. 1.3 LDC/89 conforme a la propuesta señalada. En consecuencia, es lógico pensar

<sup>963</sup> TOBÍO RIVAS, A.M., “El libro blanco...”, cit., p. 513.

<sup>964</sup> DE EIZAGUIRRE, J.M., “La indispensable reforma...”, cit., p. 385 e ÍDEM., “Observaciones...”, cit., pp. 128-129.

<sup>965</sup> Respecto al TJUE, *vid supra*, 1ª Parte, III, 1.2. En lo que concierne al TDC, nos referimos a las RRTDC de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98) y de 18 de febrero de 1999, *Prensa de Segovia* (Expte. 434/98).

<sup>966</sup> *Infra*, II, 2.3.

<sup>967</sup> Por brevedad, no nos extendemos en el proceso de reforma relativo al Anteproyecto de LDC. Merecida remisión respecto a esta cuestión son los siguientes trabajos: TOBÍO RIVAS, A.M., “El proceso de reforma...”, cit., pp. 559-562 y CALVIÑO, N., “El proceso...”, cit., pp. 6-7.

<sup>968</sup> CALVIÑO, N., “El proceso...”, cit., p. 5.

<sup>969</sup> Esto es lógico si se piensa que la base del Anteproyecto fue el propio Libro Blanco.

<sup>970</sup> Precepto del que ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., p. 27 consideró que era “indispensable corregir su redacción”.

que si se hubiese seguido esta alternativa, los problemas jurídicos que se planteaban bajo la vigencia de la LDC/89 hubiesen persistido e incluso se hubiesen visto agravados, ya que “la introducción por el legislador de 2007 del sistema de prohibición con excepción legal y autoevaluación de las empresas, llevaría a categorizar las conductas de menor importancia como comportamientos prohibidos y no susceptibles de autorización”<sup>971</sup>.

Por consiguiente, el resultado de estos trabajos previos se encontró con la crítica constructiva de un sector doctrinal que había venido reclamando, desde la promulgación de la LDC/89, un mejor tratamiento de las conductas de menor importancia en España<sup>972</sup>. No en vano, a lo largo del proceso de reforma se pusieron de manifiesto “diferentes posiciones con respecto a algunos temas que vinieron a confirmar su complejidad técnica y la ausencia de referentes indiscutibles o respuestas perfectas en otros modelos de nuestro entorno”<sup>973</sup>. Entre estos asuntos, sin duda, cabe incluir la doctrina *de minimis*.

Así pues, el recorrido histórico de las conductas de menor importancia en el ordenamiento jurídico español no resulta poco relevante. Antes bien, ha estado marcado por diferentes momentos en los que el debate acerca del test de la apreciabilidad en la restricción concurrencial ha sido constante. Sin embargo, si bien es cierto que la actual LDC resuelve muchas de las controversias y que consiguió, de forma notable, apartar la atención doctrinal de los comportamientos inapreciables para la competencia, cabe advertir que con su aprobación y entrada en vigor surgen otras cuestiones problemáticas que dotan de interés, todavía hoy, a un tema clásico del Derecho *antitrust* como es la teoría de la apreciabilidad o la doctrina *de minimis*.

## **2. Las conductas de menor importancia en las prohibiciones de los arts. 1 a 3 de la Ley de Defensa de la Competencia**

Como ya hemos afirmado anteriormente, la LDC es una norma que, afortunadamente, se aparta en gran medida de su predecesora (LDC/89) e incluso de los trabajos previos que se habían realizado con motivo de su redacción (Libro Blanco y Anteproyecto de Ley). Su preámbulo contiene dos puntualizaciones sobre nuestro objeto de estudio. De un lado, se advierte que con la LDC “se aclaran los efectos de la

<sup>971</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, en AA.VV (dir. MASSAGUER FUENTES, J.), *Comentario a la ley de la Defensa de la Competencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, pp. 261-262 y MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 10.

<sup>972</sup> Entre otros, ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., p. 27; DE EIZAGUIRRE, J.M., “La indispensable reforma...”, cit., p. 385 e ÍDEM., “Observaciones...”, cit., pp. 132-133. Sin embargo, no resulta tan crítica con la propuesta legislativa del anteproyecto TOBÍO RIVAS, A.M., “El proceso de reforma...”, cit., pp. 567-568.

<sup>973</sup> CALVIÑO, N., “El proceso...”, cit., p. 12.

exención legal y el tratamiento de las conductas *de minimis*". De otro, se apunta que la LDC extiende a todas las conductas prohibidas la exención de las conductas *de minimis*, "entendidas como aquellas que, por su menor importancia, no son susceptibles de afectar de manera significativa a la competencia, cuyas características se concretan mediante el correspondiente desarrollo reglamentario".

En particular, la LDC dedica a los comportamientos de menor importancia su art. 5, redactado en los siguientes términos: "[l]as prohibiciones recogidas en los arts. 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado". De la redacción de esta norma cabe inferir tres ideas de gran relevancia<sup>974</sup>:

1ª) Las conductas *de minimis* dejan de reputarse comportamientos ilícitos, aunque susceptibles de no ser perseguidos por las autoridades *antitrust* merced a su incapacidad para afectar de forma sensible o significativa a la libre competencia (*de minimis non curat praetor*), para pasar a considerarse legales *per se* (*de minimis non curat lex*)<sup>975</sup>.

2ª) Aunque la LDC rehúsa enumerar los criterios concretos que han de emplearse para determinar la menor importancia de un comportamiento concurrencial, delegando dicha tarea en el RDC, sí que se decanta abiertamente por una tesis mixta merced a la cual, junto a la cuota de mercado, se deben tener en cuenta "otros" elementos.

3ª) La teoría de la apreciabilidad o sensibilidad no resulta aplicable únicamente a las conductas colusorias (acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas, recomendaciones colectivas y prácticas concertadas o conscientemente paralelas), sino que se extiende también al abuso de posición de dominio (art. 2 LDC) y a los actos de competencia desleal con relevancia *antitrust* (art. 3 LDC).

<sup>974</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., "La regla *de minimis*...", cit., p. 11 y DORRONSORO, C., "Artículo 5...", cit., p. 231.

<sup>975</sup> Se da así la razón al importante sector doctrinal que se había manifestado abiertamente a favor de la licitud de estas conductas. Al respecto, sin ánimo de ser exhaustivos: GÓMEZ SEGADE, J.A., "La nueva Ley...", cit., pp. 584-585; MIRANDA SERRANO, L.M., "La problemática *antitrust*...", cit., *passim*; COSTAS COMESAÑA, J., "Los acuerdos de menor importancia...", cit., p. 154 y ss; DE EIZAGUIRRE, J.M., "La indispensable reforma...", cit., p. 385, VALLINA, R., "¿*De minimis*...", cit., pp. 47-61 y ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales*..., cit., pp. 122-123.

A nuestro juicio, la regulación vigente es más conforme con el Derecho comunitario y el Derecho comparado de los EEMM<sup>976</sup>. Por este motivo, nuestra valoración de la LDC en general es bastante positiva. Con su promulgación y entrada en vigor se superan de forma bastante satisfactoria los errores puestos de relieve tanto en los trabajos previos como en la LDC/89. En realidad, cada una de las tres nuevas ideas sobre las que se apoya la regulación de la doctrina *de minimis* en la LDC (ex art. 5 LDC) nos merece una valoración favorable en el sentido que exponemos a continuación.

1ª) *La indubitada licitud de las conductas de minimis*. Como ya tuvimos ocasión de comentar, el TJUE, la CE y la doctrina científica conciben las conductas de menor importancia como comportamientos lícitos<sup>977</sup>. Esta idea se deduce inexorablemente del fundamento de la doctrina *de minimis*, el cual lo hemos ubicado en el principio de lesividad en relación con el bien jurídico protegido. Es más, la solución contraria, presente en la LDC/89, ha sido objeto de duras críticas doctrinales, a las cuales nos hemos adherido de forma explícita más arriba. Por estas razones, no debe resultar extraño que nos parezca adecuada la opción de política legislativa seguida por el redactor de la LDC, consistente en reputar estas conductas como comportamientos lícitos y, por ende, admisibles para el Derecho *antitrust*.

2ª) *La determinación de la menor importancia conforme a criterios mixtos*. De igual modo, en la primera parte de este trabajo ya pusimos de relieve que los criterios a través de los cuales se determina el carácter insignificante para la competencia de una conducta son de índole cuantitativo de cuota de mercado, pero también de carácter cualitativo<sup>978</sup>. Además, algunas resoluciones del antiguo TDC que han tenido en consideración elementos ajenos a la cuota de mercado o al volumen de negocios se han hecho acreedoras de palabras bastante elogiosas por nuestra parte. Por tanto, no es sorprendente que compartamos la perspectiva del legislador de 2007, quien tiene a bien prestar atención a la cuota de mercado pero, además, a otros criterios distintos.

3ª) *La extensión de la teoría de la apreciabilidad al abuso de posición de dominio y al falseamiento de la libre competencia por actos desleales*. En la recapitulación de ideas con la que acababa la primera parte de este trabajo, apuntábamos que la doctrina *de minimis* tiene un carácter omnipresente en el Derecho *antitrust*. De modo que, a priori, la decisión de extender el test de la apreciabilidad a

<sup>976</sup> De hecho, CAMPO FANLO, C., "Tratamiento...", cit., p. 246 ha afirmado que esta normativa supone regular los acuerdos de menor importancia de manera casi idéntica a como se regulan en sede comunitaria. No obstante, en nuestra opinión, aunque la regulación es mucho más acertada que sus predecesoras, aún contiene provisiones que generan gran confusión con el actual régimen de la doctrina *de minimis* tal como es entendida en sede comunitaria.

<sup>977</sup> *Supra*, 1ª Parte, II.

<sup>978</sup> *Supra*, 1ª Parte, III, 1.2.



cualquier ilícito *antitrust* no nos parece descabellada. Además, se trata de una solución legislativa original en relación con el Derecho comparado que merece especial atención.

Ahora bien, estas valoraciones positivas no impiden que seamos conscientes de la enorme dificultad que entraña la aplicación del art. 5 LDC a cada uno de los ilícitos *antitrust* a los que en él se alude. Aunque la regulación existente supone una mejora indiscutible respecto de la LDC/89, no podemos negar que continúan surgiendo dudas interpretativas en torno a la doctrina *de minimis* en nuestro Derecho. De ahí que, desde nuestro punto de vista, sea posible introducir mejoras en el texto que contribuyan a un mayor y mejor entendimiento de qué es y cómo se determina la existencia de un comportamiento de mercado que merezca categorizarse como de menor importancia o *de minimis*.

### 2.1. El artículo 1º LDC en relación con el artículo 5º LDC

El legislador español ha optado por acoger la teoría de la sensibilidad en lo que concierne a los acuerdos colusorios en un precepto diferente (el art. 5 LDC) a aquel que tipifica la conducta prohibida (art. 1 LDC). Esto puede deberse, principalmente, a la decisión de extrapolar la doctrina *de minimis* a otros ilícitos *antitrust*, lo que justificaría que ésta conste en un precepto separado, una vez se han tipificado la totalidad de las conductas a las cuales resulta aplicable<sup>979</sup>.

En realidad, esta forma de proceder no resulta nada original en el Derecho comparado de los EEMM. Aunque es posible encontrar una amplia variedad de soluciones legislativas en lo que se refiere al régimen legal de los acuerdos de menor importancia, son mayoría los ordenamientos jurídicos que siguen una fórmula similar a la española. Y esto es así a pesar de que dichos ordenamientos no extrapolan a otros ilícitos *antitrust* diversos de las conductas colusorias la necesidad de que la práctica sea apreciable.

A nuestro juicio, es posible agrupar las legislaciones de los distintos EEMM en cuatro categorías diferentes merced a la técnica legislativa que emplean para regular los pactos *de minimis*. Ciertamente es que dentro de cada grupo existen diferencias significativas, siendo conveniente precisar algo más. No obstante, a efectos de valorar la estructura dual de los acuerdos *de minimis* (art. 1 en relación con el art. 5 LDC), parece más adecuado optar por una cierta simplificación. De manera que nos referimos, *grosso modo*, a las siguientes categorías:

---

<sup>979</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., p. 522.

1ª) Aquella conformada por los ordenamientos jurídicos que contemplan el requisito de la afectación sensible o apreciable de la competencia en el propio precepto que tipifica los acuerdos colusorios. Esta es la opción elegida por Eslovaquia, Suecia, Finlandia, República Checa, Bélgica, Suiza, Portugal e Italia<sup>980</sup>.

2ª) La constituida por los países que han optado por seguir fielmente el modelo comunitario, esto es, por no regular expresamente en la legislación nacional estos acuerdos. En estos ordenamientos se entiende que el requisito de lo sensible está implícitamente incorporado a la prohibición. Además, en consonancia con la práctica de la CE, sus autoridades competentes han dictado directrices interpretativas con la finalidad de aportar algo de orientación a los distintos operadores económicos. Este es el caso de Grecia<sup>981</sup> y Lituania<sup>982</sup>.

3ª) Por otro lado, encontramos los ordenamientos que han decidido introducir nuestro objeto de estudio en un precepto diferente a aquel que tipifica los acuerdos colusorios aunque tratándolo, a priori, como un requisito del tipo. Los numerosos EEMM que emplean esta técnica son Bulgaria, Hungría, Croacia, Eslovenia, Estonia, Polonia, Dinamarca, Malta, Holanda y, evidentemente, España<sup>983</sup>. Fuera de la UE presenta una regulación similar Bosnia Herzegovina<sup>984</sup>.

<sup>980</sup> Arts. 4.1 y 4.2 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovaca, de 27 de febrero de 2001; art. 1 del capítulo II de la Ley de Defensa de la Competencia sueca, de 1 de noviembre de 2008; art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia finesa, de 12 de agosto de 2011; art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia checa, de 4 de abril de 2001; art. IV.1 del Código de Derecho Económico belga, de 28 de febrero de 2013; art. 5.1 de la Ley de Defensa de la Competencia suiza, de 20 de junio de 2003; art. 9 de la Ley de Defensa de la Competencia portuguesa, de 8 de mayo de 2012 y art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia italiana, de 10 de octubre de 1990.

<sup>981</sup> A pesar de no estar expresamente prevista en su ley, la doctrina *de minimis* es ampliamente aceptada por la doctrina griega y por la práctica de la ANC según TZOUGANATOS, D., *Competition Law in Greece*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2015, p. 53. No en vano, en la obra citada podemos encontrar numerosos ejemplos de decisiones de la ANC griega en las que se recurre a la menor importancia (*Vid*, nota 83). De acuerdo con el mismo autor, el 2 de marzo de 2006 la ANC dictó una Comunicación sobre la materia con un umbral del 5% de cuota de mercado para acuerdos horizontales y del 10% para acuerdos verticales (*Ibidem*, p. 54).

<sup>982</sup> En la legislación nacional no aparece ninguna previsión sobre los acuerdos de menor importancia. Sin embargo, sí que existe una Comunicación dictada por la ANC lituana que básicamente es una copia de la COM01. *Vid* GUMBIS, J; JUONYS, M; SLEPAITÈ, L y KACERAUSKAS, K., *Competition Law in Lithuania*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2014, p. 36.

<sup>983</sup> Art 15 y 16 de la Ley de Defensa de la Competencia búlgara, de 28 de noviembre de 2008; arts. 11 y 13 de la Ley de Defensa de la Competencia húngara, de 31 de diciembre de 1996; arts. 8 y 11 de la Ley de Defensa de la Competencia croata, de 30 de junio de 2009; arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovena, de 11 de abril de 2008; arts. 4 y 5 de la Ley de Defensa de la Competencia estonia, de 1 de octubre de 2001; arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia polaca, de 16 de febrero de 2007; arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia danesa, de 18 de junio de 2013; arts. 5 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia maltesa, de 23 de diciembre de 1994; arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia holandesa, de 22 de mayo de 1997 y arts. 1 y 5 LDC.

<sup>984</sup> Art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia bosnia, de 29 de junio de 2005. *Vid* IMAMOVIC-CIZMIC, K y GRBO, Z., *Competition Law in Bosnia and Herzegovina*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2018, pp. 29-30.

4ª) La última categoría está integrada por aquellas legislaciones nacionales cuyo régimen jurídico concibe los acuerdos de menor importancia, indudablemente, como prácticas prohibidas pero no perseguibles si se cumplen ciertos umbrales cuantitativos u otros requisitos, como la mejora de la competitividad de las PYMES. Paradigmáticos de esta opción de política legislativa son los ordenamientos austriaco<sup>985</sup>, letón<sup>986</sup>, alemán<sup>987</sup> y francés<sup>988</sup>.

A la vista del panorama de Derecho comparado de los EEMM de la UE que acabamos de esbozar, parece indiscutible que la mayoría de los EEMM utilizan una técnica legislativa semejante a la utilizada por el redactor de la LDC vigente en nuestro país desde 2007.

A nuestro juicio, sin embargo, hubiese sido técnicamente más apropiado contemplar el requisito de la afectación sensible o significativa de la competencia en el propio precepto que tipifica los acuerdos colusorios, esto es, en el art. 1 LDC, y no en una norma diferente (como el art. 5 LDC)<sup>989</sup>. De modo que nos parece más conveniente la técnica legislativa empleada en Italia, Bélgica, Suiza o Portugal.

Por otro lado, si tenemos en cuenta los argumentos expuestos en la primera parte de este trabajo, no debe sorprender ni extrañar que la opción que nos parezca más desacertada es la que aboga expresamente por concebir los acuerdos de menor importancia como una excepción similar a la contenida en el art. 101.3 TFUE (como ocurre en Alemania, Francia o Letonia).

En este sentido, aunque es cierto que la técnica legislativa elegida por España ya no encaja en este último grupo, no deja de ser verdad que la redacción del art. 5 LDC, al igual que la de otros preceptos parecidos en el contexto comparado de los EEMM,

<sup>985</sup> Art. 2.2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia austriaca de 2005, conforme a reforma del 10 de septiembre de 2021, actualizada a 10 de septiembre de 2021, cuya versión inglesa asegura que “*in any case, the following cartels shall be exempt from the prohibition pursuant to: 1. Cartels in which undertakings are involved which compete with each other and jointly hold a total share of not more than 10% of the relevant market, or cartels in which undertakings are involved which do not compete with each other and which hold a total share of not more than 15% each of the relevant market, provided that in both cases they do not aim at fixing selling prices, restricting production or distribution, or sharing markets*”. Disponible en [www.bwb.gv.at/en](http://www.bwb.gv.at/en) (Consultada por última vez el 5 de septiembre de 2021).

<sup>986</sup> Art. 11.4.2) de la Ley de Defensa de la Competencia letona, de 23 de octubre de 2001, que en su versión inglesa reza lo siguiente: “*The Cabinet shall issue regulations which regulate: 2) agreements, decisions and concerted actions of individual market participants regarding which the Competition Council need not be notified in accordance with Paragraphs two and three of this Section, if such activities do not significantly affect competition*”. Disponible en [www.kp.gov.lv/en](http://www.kp.gov.lv/en) (Consultada por última vez el 5 de septiembre de 2021).

<sup>987</sup> *De Minimis Notice n°18/2007 of the Bundeskartellamt on the non-prosecution of cooperation agreements of minor importance*, de 13 de marzo de 2007, apdo. 1º y art. 3 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley de defensa de la competencia alemana), de 26 de agosto de 1998.

<sup>988</sup> Arts. L. 420.4 y L. 464.6 del Código de Comercio francés.

<sup>989</sup> Coincide con nosotros RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., p. 160.

resulta confusa y ambigua<sup>990</sup>. De hecho, en opinión de algún autor, de dicha norma cabría inferir que, en realidad, las conductas de menor importancia son comportamientos ilícitos, pero no perseguibles por las autoridades *antitrust*, debido a su escasa importancia, en lugar de comportamientos económicamente insignificantes que caen fuera de la prohibición del art. 1 LDC<sup>991</sup>.

El argumento en el que se apoya esta aseveración es tan simple como irrefutable. Si prestamos atención a la literalidad del precepto, la terminología empleada es idéntica a la utilizada en el art. 4 LDC, norma cuyo título es “conductas exentas por ley”<sup>992</sup>. Además, también es la misma terminología que aquella presente en la exención *ex. art. 1.3 LDC*<sup>993</sup>. De modo que no puede causar perplejidad que haya quien afirme que la doctrina *de minimis*, tal como la configura el art. 5 LDC, es una exención legal y no un elemento del tipo, a diferencia de lo previsto en el ordenamiento comunitario<sup>994</sup>.

En esa dirección parecen ir, efectivamente, algunos de los ordenamientos jurídicos que prevén un régimen jurídico similar al español. De hecho, si observamos con detenimiento los ordenamientos incluidos en la tercera categoría junto a España, destacan ciertos matices significativos. *Grosso modo*, es posible separarlos en dos subcategorías: Por un lado, aquellos que emplean la misma terminología para la excepción prevista para los acuerdos que contribuyan al progreso técnico y económico y los acuerdos de menor importancia. Por otro lado, los que utilizan expresiones diferentes en una y otra previsión legal.

En la primera dirección se sitúan Polonia y Dinamarca<sup>995</sup>. También Croacia y Eslovenia, EEMM que, además, ubican el precepto dedicado a los acuerdos de menor importancia justo después de aquel otro relativo a los REC (indicio, inequívoco, de

<sup>990</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>991</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>992</sup> Art. 4 LDC: “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” vs art. 5 LDC: “Conductas de *menor importancia*: Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley *no se aplicarán* a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”. Énfasis añadido.

<sup>993</sup> Art. 1.3 LDC: “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”. Énfasis añadido.

<sup>994</sup> Ejemplo claro de esta línea de pensamiento es PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., *passim*. No obstante, la propia autora reconoce que en el ordenamiento comunitario el carácter sensible o apreciable sí que es un elemento del tipo (p. 91, nota 38).

<sup>995</sup> Arts. 7 y 8 de la Ley de Defensa de la Competencia polaca, de 16 de febrero de 2007 y arts. 7 y 8 de la Ley de Defensa de la Competencia danesa, de 18 de junio de 2013.

que son concebidos como una exención a la prohibición general)<sup>996</sup>. No obstante, más ilustrativo resulta aún el caso de los Países Bajos, donde además de emplear la misma terminología para los acuerdos de menor importancia y la exención por la contribución al progreso técnico y económico, titulan al precepto dedicado a los pactos *de minimis* “acuerdos anticompetitivos excluidos”<sup>997</sup>.

Hungría, Estonia, Bulgaria y Malta, en cambio, sí que emplean una terminología diferente al hablar de los acuerdos de menor importancia y de la exención por la contribución al progreso técnico y económico. El ordenamiento húngaro, por ejemplo, afirma que los acuerdos de menor importancia “no deben estar prohibidos”, lo que resulta inequívocamente de la no sujeción de estos pactos a la prohibición<sup>998</sup>. El maltés, por su parte, prevé que a los acuerdos que contribuyen al progreso técnico y económico “no se le aplicará” la prohibición mientras que los pactos *de minimis* directamente “no están sujetos” a ésta<sup>999</sup>.

La legislación española se encuentra, por tanto, en una especie de transición del modelo que considera la doctrina *de minimis* una exención parecida a la prevista en el art. 101.3 TFUE a aquel otro que la concibe como un requisito del tipo. Ciertamente sobresalen los autores que consideran que nuestra normativa ya es encuadrable en el segundo subgrupo<sup>1000</sup>. No obstante, no puede obviarse que existen interpretaciones en contra que también cuentan con fundamento<sup>1001</sup>.

A nuestro juicio, el análisis del Derecho comparado conduce a la conclusión de que la normativa española en materia de acuerdos *de minimis*, en realidad, navega entre dos aguas. Por un lado, parece acercarse a la solución brindada por Italia, Portugal o Bélgica. Pero, por otro lado, hay matices que permitirían sostener que la posición tomada por Francia o Alemania cuenta con cierta simpatía en el Derecho interno español. Por consiguiente, creemos no equivocarnos al afirmar que la unión de

<sup>996</sup> Arts. 10 y 11 de la Ley de Defensa de la Competencia croata, de 30 de junio de 2009 y arts. 6, 7 y 8 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovena, de 11 de abril de 2008.

<sup>997</sup> Arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia holandesa, de 22 de mayo de 1997. La traducción es propia desde la versión inglesa, en la cual se utiliza la expresión “*excluded anticompetitive agreements*” para el título del precepto que regula los pactos *de minimis*.

<sup>998</sup> Tendría, por tanto, una regulación muy similar en este extremo a la de República Checa. La diferencia estribaría en que en un caso la frase que aclara la no prohibición está en el mismo precepto (art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia checa, de 4 de abril de 2001), mientras que en el otro está en una norma diferente (art. 13 de Ley de Defensa de la Competencia de 1996).

<sup>999</sup> Arts. 5.2 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia maltesa, de 23 de diciembre de 1994. En particular, el art. 5.2, dedicado a la exención de los acuerdos que contribuyen al progreso técnico y económico emplea la expresión “*shall not apply*” (bastante similar a la utilizada por la norma española para los acuerdos *de minimis*) mientras que la terminología del precepto dedicado a los pactos de menor importancia es “*shall not to be subject*”.

<sup>1000</sup> Por todos, MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., *passim*.

<sup>1001</sup> PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., *passim*.

piezas de planteamientos totalmente opuestos solo puede tener como resultado un régimen confuso y, en cierto modo, inoperativo.

De hecho, hemos visto que en el Derecho comparado hay ejemplos de ordenamientos que recogen la teoría de la sensibilidad en un precepto diferente al tipo de las conductas colusorias que avalan una interpretación tanto a la italiana como a la alemana. Si a ello sumamos el tortuoso recorrido histórico de la doctrina *de minimis* en nuestro país, donde el legislador parecía ir en dirección contraria a la propuesta por la doctrina mayoritaria y la ANC, consideramos deseable afinar más la terminología empleada a la hora de regular este tipo de comportamientos<sup>1002</sup>.

Una opción podría consistir en seguir la técnica legislativa utilizada en la normativa maltesa, esto es, mantener la doctrina *de minimis* en un precepto separado dejando claro que el carácter apreciable es un elemento exigible en la prohibición. Pero, simplificando más la cuestión, quizás resulte más oportuno acoger este carácter sensible directamente en el tipo, tal como hacen regímenes jurídicos cercanos al nuestro como el portugués o el italiano<sup>1003</sup>.

La total supresión de la doctrina *de minimis* de la LDC podría ser también una opción plausible. En sede comunitaria y en algún EEMM, como en Grecia, el requisito de la apreciabilidad no consta en ninguna parte a lo largo de su normativa. Sin embargo, esto no ha impedido que su ANC y los órganos jurisdiccionales hagan uso de él, en la medida en que es un criterio hermenéutico de aproximación al tipo de los acuerdos colusorios o, lo que es lo mismo, un requisito de base jurisprudencial.

No obstante, a nuestro juicio, esta última alternativa resulta desaconsejable en el ordenamiento español. Si tenemos en cuenta el controvertido debate que han generado históricamente las conductas de menor importancia en nuestro país, no parecería la elección más razonable. En efecto, si se suprimiese toda alusión legal al carácter de lo apreciable, se generaría confusión y, probablemente, surgirían dos posturas enfrentadas:

1ª) Por un lado, aquellos que entenderían que la omisión de cualquier referencia a la doctrina *de minimis* en la LDC no impide su aplicación práctica por la ANC o los tribunales. Así ocurría, de hecho, bajo la vigencia de la LPRC de 1963. Sin olvidar que

<sup>1002</sup> Coincide con nosotros RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., pp. 155-161.

<sup>1003</sup> Art. 9 de la Ley de Defensa de la Competencia portuguesa, de 8 de mayo de 2012 y art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia italiana, de 10 de octubre de 1990.



actualmente este es el *modus operandi* en sede comunitaria y en algunos EEMM de la UE<sup>1004</sup>.

2ª) Por otro lado, quienes interpretan la desaparición de nuestro objeto de estudio como una señal inequívoca de que cualquier acuerdo que pueda impedir, restringir o falsear la competencia está prohibido por el art. 1 LDC, independientemente de que la conducta resulte insignificante para el bien jurídico protegido por la normativa *antitrust*.

Se explica así que de las cuatros alternativas posibles, la inclusión del carácter de lo sensible en el propio tipo nos parezca la más conveniente<sup>1005</sup>. Ciertamente es, empero, que la normativa española extiende la doctrina *de minimis* a los otros ilícitos *antitrust*, a saber, el abuso de posición de dominio y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. En este sentido, nos parece innegable que reconocer el requisito del carácter apreciable en un precepto que se refiera a las tres conductas prohibidas resulta menos redundante que preverlo en cada uno de los tipos, esto es, en los arts. 1, 2 y 3 LDC.

Por otra parte, otro aspecto que merece algún comentario en este apartado es la alusión del art. 5 LDC a la delimitación de las conductas de menor importancia merced a la cuota de mercado y a *otros criterios*. No en vano, esta afirmación en sede de acuerdos colusorios puede interpretarse de hasta tres formas diferentes:

1ª) La menor importancia de un acuerdo que pueda encajar en el tipo de los pactos colusorios se determina sobre la base de la cuota de mercado conjunta de los participantes en el acuerdo. Los otros criterios estarían reservados al abuso de posición de dominio y al falseamiento de la libre competencia por actos desleales, a los cuales no resulta de aplicación la cuota de mercado. Esta postura estaría avalada por el art. 1 RDC y por la experiencia comparada de algún socio comunitario, el cual tiene en su legislación nacional únicamente un criterio cuantitativo relativo a cuotas de mercado para definir el carácter *de minimis*<sup>1006</sup>.

2ª) Cuando la LDC hace referencia a “otros criterios” se refiere, básicamente, al tipo de restricción. De este modo, se toma en consideración en la propia ley que ciertas conductas (como la fijación de precios o el reparto del mercado) están

<sup>1004</sup> En efecto, la doctrina *de minimis* no consta en el TFUE ni en ningún Reglamento en lo que se refiere al ámbito comunitario. Por otro lado, como ya hemos señalado, esta opción es la elegida por Grecia y Lituania. Vid TZOUGANATOS, D., *Competition Law...*, cit., p. 53 y GUMBIS, J; JUONYS, M; SLEPAITÈ, L y KACERAUSKAS, K., *Competition Law...*, cit., p. 36.

<sup>1005</sup> De la misma opinión son RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., p. 160; DE EIZAGUIRRE, J.M., “La indispensable reforma...”, cit., p. 385 y ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto...”, cit., p. 27.

<sup>1006</sup> Art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia Estonia, de 1 de octubre de 2001.

prohibidas *per se* y que a ellas no resulta de aplicación la doctrina de la menor importancia. Sustentarían esta interpretación el art. 2 RDC y la legislación de la mayoría de EEMM. No en vano, un número considerable de socios comunitarios optan por copiar la técnica empleada por la CE en la COM01 o la COM14, esto es, por prever en su normativa *antitrust* que el carácter de lo sensible en los acuerdos colusorios consiste en cumplir ciertos umbrales de cuota de mercado de los que no se benefician en ningún caso algunos tipos concretos de restricciones concurrenciales<sup>1007</sup>.

3ª) Finalmente, cabe la posibilidad de que esa referencia en el art. 5 LDC a otros criterios signifique, sencillamente, que el carácter apreciable de un acuerdo que formalmente es anticompetitivo no tiene en cuenta únicamente la cuota de mercado conjunta de los participantes y el tipo de restricción. Por el contrario, criterios tales como la duración del acuerdo, la extensión de la práctica, la estructura del mercado o el contexto jurídico y económico podrían arrojar algo de luz sobre nuestro objeto de estudio<sup>1008</sup>. Tras lo expuesto hasta aquí, huelga decir que, en nuestra opinión, esta interpretación es la más interesante. Cuenta, además, con un sólido respaldo. No en balde, en esta dirección apuntan el art. 3 RDC, algunas resoluciones de la ANC<sup>1009</sup>, la jurisprudencia comunitaria<sup>1010</sup> e, incluso, algunos socios comunitarios que también han acogido esta posibilidad en sus respectivas legislaciones *antitrust*<sup>1011</sup>.

A nuestro juicio, la opción del legislador consiste en acoger legalmente un criterio mixto de determinación de acuerdos de menor importancia, el cual, como es sabido, se debe desarrollar en el RDC. Esto supone ser más innovador que la mayoría de EEMM, pero también más coherente con la práctica decisoria del TJUE y la ANC.

<sup>1007</sup> Art. 16 de la Ley de Defensa de la Competencia búlgara, de 28 de noviembre de 2008; art. 13 de la Ley de Defensa de la Competencia húngara de 1996; art. 11 de la Ley de Defensa de la Competencia croata, de 30 de junio de 2009; art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovena, de 11 de abril de 2008; art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia polaca, de 16 de febrero de 2007 y art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia danesa, de 18 de junio de 2013.

<sup>1008</sup> Así lo consideran GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., pp. 125-126.

<sup>1009</sup> Por todas, RRTDC de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98) y de 18 de febrero de 1999, *Prensa de Segovia* (Expte. 434/98).

<sup>1010</sup> Entre otras, SSTJUE de 21 de enero de 1999, *Carlo Bagnasco and others* (asuntos C-215/96; C-216/96); de 12 de septiembre de 2000, *Pavel Pavlov* (asuntos C-180/98 y C-184/98); de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu* (asunto C-234/89) y STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94).

<sup>1011</sup> Tal es el caso de Malta y Países Bajos. El art. 6.2 de la Ley de Defensa de la Competencia maltesa, de 23 de diciembre de 1994, dice lo siguiente: “*In determining whether such impact is or is not minimal, consideration shall be given to all relevant circumstances including the aggregate share of all the undertakings concerned of the relevant market*”. El art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia holandesa, de 22 de mayo de 1997, por su parte, indica que ciertas categorías de acuerdo pueden ser calificadas de menor importancia más allá de las cuotas de mercado indicadas. En particular, afirma que “*by Order in Council, subject to conditions and restrictions if necessary, Article 6(1) may be declared inoperative in respect of categories of agreements, decisions or practices, as referred to in the said Article and described in that order, which are clearly of minor significance from the point of view of competition*”. Versión inglesa disponible en [www.dutchcivillaw.com](http://www.dutchcivillaw.com) (consultada por última vez el 7 de septiembre de 2021).



Por otro lado, nos parece desacertada la elección de algunos socios comunitarios de acoger en su cuerpo legal la Comunicación *de minimis* vigente en el momento en que se promulgó su correspondiente ley nacional. Así lo entendemos por cuanto que de este modo se convierte en Ley lo que en realidad es solo una guía orientadora. Además, ante cualquier evolución de la materia en la UE, ya sea por la vía de nuevas Comunicaciones dictadas por la CE o por la senda interpretativa del TJUE, la previsión legal quedaría obsoleta y habría de ser oportunamente modificada.

Pero además, cabe señalar que esto supone una simplificación de la teoría de la apreciabilidad que no casa muy bien con la jurisprudencia del TJUE e incluso con el propio tenor literal de la Comunicación *de minimis*. La consecuencia principal es que la capacidad de la autoridad *antitrust* y de los órganos jurisdiccionales para analizar las particularidades de cada caso concreto se ve mermada injustificadamente, relegando así la doctrina *de minimis* a una realidad matemática (y por ende, no argumentativa) como es el cálculo de la cuota de mercado.

A la vista de que acabamos de exponer y sin ánimo de desvirtuar las bondades de la regulación vigente o de aquella otra que pueda ver la luz en un futuro más o menos próximo, consideramos oportuno realizar una propuesta de modificación legislativa en lo relativo a los arts. 1 y 5 LDC. Dicha propuesta consiste, por un lado, en alterar ligeramente la literalidad del art. 1 LDC, precepto en el que incluiríamos un punto 6º, y, por otro, en suprimir el art. 5 LDC por quedar subsumido en el tipo infractor. La norma, por tanto, quedaría así:

### **Artículo 1. Conductas colusorias**

“1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión, recomendación colectiva o práctica concertada, que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear de manera sensible la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en<sup>1012</sup>:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios.

---

<sup>1012</sup> Puede observarse que se ha eliminado la alusión a las prácticas conscientemente paralelas. Esa omisión es del todo consciente. No obstante, entrar en la argumentación que nos lleva a esta conclusión excede de lo prometido en este trabajo. Por ello, nos remitimos a los excelentes trabajos que desarrollan esta idea, entre otros, GALÁN CORONA, E., “Prohibición de prácticas...”, cit., pp. 256-258; DE EIZAGUIRRE, J.M., “La indispensable reforma...”, cit., p. 386 y COSTAS COMESAÑA, J., “Crónica crítica de la reforma de la Ley española de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t.XX, 1999, p. 1415. Mantiene una opinión opuesta, en cambio, NAVARRO SUAY, M.C., “Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto”, *GJUE*, núm. 232, 2004, pp. 49-63 e ÍDEM., *Las conductas conscientemente paralelas*, Cizur Menor, Civitas, 2005, *passim*.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d) 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.

e) 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.

Los puntos 2, 3, 4 y 5 no se verían alterados.

6. “Reglamentariamente se determinarán los criterios para delimitar cuándo se restringe, impide o falsea la competencia de manera sensible, atendiendo para ello, entre otros, a la cuota de mercado”.

## 2.2. *El artículo 2º LDC en relación con el artículo 5º LDC*

El art. 5 LDC ha generado un intenso debate entre la doctrina científica española por extender la salvaguarda *de minimis* al abuso de posición de dominio. En efecto, quienes han abordado esta cuestión se encuentran divididos en torno a dos posturas aparentemente irreconciliables: 1ª) quienes consideran inapropiada la expansión al abuso de posición de dominio que realiza el precepto<sup>1013</sup>, y 2ª) quienes, sin embargo, la estiman adecuada o, al menos, factible<sup>1014</sup>.

Para sostener su conclusión, los primeros autores se apoyan en que el test de la apreciabilidad no tiene cabida una vez demostrado el abuso y la posición de dominio. De modo que los elementos del tipo impedirían, por sí mismos, la aplicación de la doctrina *de minimis*. Los segundos, en cambio, consideran que existen conductas abusivas realizadas por empresas con posición de dominio que pueden ser reputadas de menor importancia<sup>1015</sup>. En consecuencia, para estos últimos los distintos elementos que

<sup>1013</sup> A modo de ejemplo, MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 20; GALÁN CORONA, E., “Las conductas de menor importancia...”, cit., p. 299; BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Comentarios...”, cit., p. 57; DE EIZAGUIRRE, J.M., “Observaciones...”, cit., p. 132 y PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., p. 524.

<sup>1014</sup> Entre otros, RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia...”, cit., pp. 36-37; DÍEZ ESTELLA, F., “La prohibición...”, cit., p. 140 y ALLENDESALAZAR CORCHO, R y VALLINA ÁLVAREZ, R., “Artículo 2...”, cit., pp. 205-206.

<sup>1015</sup> Un atisbo de aplicación de doctrina *de minimis* en sede del art. 2 LDC se puede encontrar en la RCNMC de 12 de septiembre de 2017, *Tanatorios Coslada* (Expte. 12/10), aunque finalmente no se recurrió a la teoría de la apreciabilidad en este supuesto, tal como señala PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 526-527.

conforman el tipo no suponen un obstáculo a la hora de exigir que un abuso de posición dominante revista un carácter apreciable o sensible.

Hecha esta aclaración, hemos de insistir en que, en cualquier caso, la calificación de un abuso de posición de dominio como un comportamiento de menor importancia obliga a tomar en consideración criterios cualitativos<sup>1016</sup>. Así ha de ser por cuanto que resulta obvio que el criterio cuantitativo de cuota de mercado no tiene cabida en el art. 2 LDC<sup>1017</sup>. Lógicamente, la existencia de una posición dominante presupone una elevada cuota de mercado. Por eso creemos no equivocarnos al afirmar que el art. 2 LDC requiere, forzosamente, la aceptación de una tesis mixta acerca del carácter sensible de una conducta anticompetitiva, esto es, de una doctrina *de minimis* conformada por criterios cuantitativos y cualitativos.

Se explica así que la redacción del art. 1 RDC excluya a los comportamientos unilaterales, abarcando tan solo conductas realizadas por más de una empresa. En efecto, al regular en dicho precepto las prácticas de menor importancia según el criterio de la cuota de mercado, se fijan diferentes umbrales dependiendo de que las partes que suscriben los acuerdos sean o no competidoras. Pero no se prevé ningún umbral para un comportamiento realizado por una sola compañía. De forma similar, cabe descartar que el art. 2 RDC, al menos en lo que respecta a sus apartados 1º, 2º y 3º, resulte de aplicación al art. 2 LDC, en la medida en que, nuevamente, parece requerir que el comportamiento se lleve a cabo por más de una empresa.

La aceptación de la conclusión anterior, nos lleva a sostener que un abuso de posición de dominio solo puede ser calificado como comportamiento *de minimis* merced a los "otros criterios" diferentes al de cuota de mercado a los que alude el art. 5 LDC. En consecuencia, parece razonable afirmar que la teoría de la apreciabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, en lo que concierne al art. 2 LDC, ha de ser necesariamente examinada merced al art. 3 RDC<sup>1018</sup>.

La cuestión, sin embargo, es ciertamente delicada. Como ya expusimos al tratar esta materia en sede comunitaria, el TJUE ha confirmado que no es posible recurrir a la doctrina *de minimis* en sede del art. 102 TFUE<sup>1019</sup>. Ejemplo indiscutible de lo que acabamos de afirmar es la sentencia relativa al asunto *Post Danmark II*. No en vano, en este pronunciamiento el órgano jurisdiccional comunitario aseguró que “no

<sup>1016</sup> VALLINA, R., “¿*De minimis*...”, cit., p. 60 y PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 93.

<sup>1017</sup> Entre otros, MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 20; PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 525-526 y CAMPO FANLO, C., “Tratamiento...”, cit., p. 245.

<sup>1018</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., p. 527; BAENA, R., “Prohibición del abuso...”, cit., p. 436; ALLENDESALAZAR CORCHO, R y VALLINA ÁLVAREZ, R., “Artículo 2...”, cit., pp. 205-206; CAMPO FANLO, C., “Tratamiento...”, cit., pp. 246-247 y PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 83.

<sup>1019</sup> *Supra*, 1ª Parte, V.

está justificada la fijación de un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) para determinar una explotación abusiva de una posición dominante. En efecto, esta práctica contraria a la competencia puede, por su propia naturaleza, provocar restricciones de competencia significativas, e incluso eliminar la competencia en el mercado en el que opera la empresa de que se trate”<sup>1020</sup>.

El TJUE parece así coincidir con la doctrina científica que considera que la apreciabilidad no tiene cabida una vez demostrado el abuso y la posición de dominio, puesto que son elementos del tipo que impiden, lógicamente, la calificación de un comportamiento como de menor importancia. Consecuentemente, existe un conflicto entre el art. 102 TFUE y el art. 2 LDC. En el primero no tiene cabida la doctrina *de minimis* mientras que en el segundo sí, sobre la base del art. 5 LDC.

A nuestro juicio, esta contradicción entre el ordenamiento nacional y el comunitario no encuentra justificación alguna y resulta, además, contraproducente. No en vano, nuestro Derecho de defensa de la competencia siempre se ha caracterizado por estar fuertemente inspirado por el Derecho *antitrust* de la UE. De hecho, no se puede negar que la jurisprudencia del TJUE tiene un extraordinario valor no solo a la hora de interpretar las normas comunitarias, sino también la normativa nacional. De modo que, en aras de la seguridad jurídica y la coherencia del sistema, debemos valorar negativamente la extensión que realiza el art. 5 LDC a favor de la aplicación de la doctrina *de minimis* al abuso de posición dominante<sup>1021</sup>.

La conclusión anterior se infiere también si atendemos al Derecho comparado de los EEMM. Huelga decir que entre los socios comunitarios no abundan legislaciones similares a la española en este aspecto<sup>1022</sup>. Que sepamos, tan solo en el Reino Unido es posible encontrar en su Ley *antitrust* la figura del abuso de posición de dominio de menor importancia<sup>1023</sup>. Sin embargo, las diferencias entre la previsión inglesa y la ibérica son tan contundentes que creemos razonable afirmar que, en realidad, ningún socio comunitario cuenta con una norma que sea equiparable a la tipificada en nuestro ordenamiento jurídico.

En rigor, la previsión del Reino Unido se caracteriza por una definición del carácter inapreciable o insignificante puramente cuantitativa. Al mismo tiempo, ha de señalarse que la norma británica se configura inequívocamente como una exención.

<sup>1020</sup> STJUE de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark II* (asunto C-23/14), apdo. 73º.

<sup>1021</sup> Coincide con nosotros MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., pp. 19-20. En contra, DÍEZ ESTELLA, F., “La prohibición...”, cit., p. 140.

<sup>1022</sup> Ciertamente, empero, que en la práctica jurídica (no en la norma) de algún socio comunitario es posible encontrar algún ejemplo de aplicación de doctrina *de minimis* al abuso de posición de dominio. Este es el caso de Francia, tal como señala CAMPO FANLO, C., “Tratamiento...”, cit., pp. 246-247.

<sup>1023</sup> Sección 40ª de la *Competition Act* de 1998.

Sencillamente, como ya explicamos anteriormente, se dejan fuera de la Ley auténticos abusos de posición de dominio merced a la escasa envergadura, en términos absolutos, de la empresa que lo realiza<sup>1024</sup>. Se estará de acuerdo en que, en el fondo, esto no tiene nada que ver con lo que se deduce de los arts. 2 y 5 LDC y del art. 3 RDC.

Siendo cierto todo lo anterior, no menos verdad es que aquella doctrina científica que aboga por reconocer la existencia de abusos de posición de dominio merced a ciertos criterios cualitativos no puede ser rechazada sin más. Como bien se ha señalado por parte de algún autor, un abuso nunca puede ser cualitativamente insignificante para la competencia<sup>1025</sup>. Desde esta perspectiva, por tanto, existiría algún tipo de conexión entre el concepto de abuso y la teoría de la apreciabilidad.

En nuestra opinión, esta consideración es acertada. De manera que creemos que para que una conducta quede prohibida por abusiva, es necesario que ésta no sea cualitativamente insignificante. Ciertamente es, empero, que coincidimos con quien ha señalado (a nuestro juicio, acertadamente) que quizás esta apreciación debería de diferenciarse de la doctrina *de minimis* tal como es generalmente entendida<sup>1026</sup>.

Como ya expusimos en este trabajo, existe jurisprudencia del TJUE merced a la cual se ha constatado la necesidad de tener en cuenta todo un conjunto de circunstancias a la hora de valorar si una conducta es abusiva o no<sup>1027</sup>. Este es el razonamiento, sobre todo, del caso *Intel*, donde fueron relevantes la cobertura de la práctica o su extensión en el tiempo para concluir que el carácter abusivo no había quedado correctamente acreditado, enmendando así la forma de proceder de la CE y del TGUE<sup>1028</sup>. He aquí, precisamente, la herramienta hermenéutica que permitiría no prohibir conductas insignificantes desde un punto de vista cualitativo, marcando a su vez cierta distancia con la salvaguarda *de minimis*.

Nada impide interpretar el art. 2 LDC del mismo modo que el TJUE ha interpretado el art 102 TFUE. No en vano, el resultado de una aplicación constante y rigurosa de la doctrina contenida en el caso *Intel* podría ser muy similar al conseguido con el art. 5 LDC en relación con el art. 2 LDC. La empresa enjuiciada por un presunto caso de abuso de posición de dominio, podría esgrimir "esas circunstancias" para poner en duda que la conducta realizada, formalmente abusiva, deba ser así considerada también en un plano material, a la luz del caso concreto. La tarea de la

<sup>1024</sup> *Supra*, 1ª parte, V.

<sup>1025</sup> CASPARI, M., "EEC Enforcement...", cit., pp. 605-606.

<sup>1026</sup> RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., "Capítulo 4...", cit., p. 162.

<sup>1027</sup> *Supra*, 1ª Parte, V.

<sup>1028</sup> STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel corporation* (asunto C-413/14), apdo. 139º y STGUE de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation* (asunto T-286/09, Renv), apdos. 143º-145º.

autoridad competente y de los tribunales consistiría en aceptar o descartar (siempre razonadamente) las circunstancias esgrimidas<sup>1029</sup>.

La defensa de esta postura en detrimento de la elegida actualmente por nuestra legislación no es caprichosa. Sin embargo, el resultado de una extensión de la doctrina *de minimis* al abuso de posición de dominio *ex art. 5 LDC* y una interpretación del art. 2 LDC conforme a la jurisprudencia señalada en el asunto *Intel* conducen a resultados similares. Entonces, ¿por qué nos decantamos por una opción y no por la otra? Pues, sencillamente, porque en un plano formal y teórico, no puede sostenerse que un abuso de posición de dominio revista una importancia insignificante para la competencia efectiva.

Es una afirmación que encierra, en sí misma, una contradicción insalvable. Una vez que se concluye que existe un abuso y una posición de dominio no cabe excluir el ilícito merced a ningún criterio o umbral, que es lo que parece indicar el art. 5 LDC y su expresión “no se aplicarán”. Dicha norma parece sugerirnos que los abusos de posición de dominio se toleran si son de escasa envergadura pero, en puridad, no consiste en eso. Un abuso nunca puede ser tolerado por el Derecho<sup>1030</sup>. Se trata, en cambio, de que las conductas insignificantes no pueden ser consideradas un abuso según una aproximación realista al Derecho *antitrust*<sup>1031</sup>.

En coherencia con lo que acabamos de decir, recomendamos la derogación del art. 5 LDC (sin dejar de lado, eso sí, la modificación propuesta del art. 1 LDC que hemos realizado en el apartado anterior). Esta recomendación pivota en que somos de la opinión de que la teoría de la sensibilidad se encuentra ya subsumida en el abuso<sup>1032</sup>. Esto, además, cuenta desde hace algunos años con el respaldo jurisprudencial del TJUE. No en vano, un enfoque ortodoxo o formal del abuso de posición dominante no se sostiene si reparamos en el caso *Intel*.

En suma, ciertos criterios cualitativos tienen cabida en el examen del art. 2 LDC, pero en el mismo análisis de los elementos del tipo, no en un momento posterior<sup>1033</sup>. De ahí que dijéramos al principio que las dos posturas de la doctrina científica española eran aparentemente irreconciliables, pues creemos no equivocarnos al considerar que la interpretación aquí sugerida supone una reconciliación razonable

<sup>1029</sup> En la línea explicada en la primera parte de este trabajo (*Supra*, 1ª Parte, V).

<sup>1030</sup> Entre otros, MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 20.

<sup>1031</sup> CASPARI, M., “EEC Enforcement...”, cit., pp. 605-606 y SIDIROPOULOS, K., “*Post Danmark II*...”, cit.

<sup>1032</sup> *Supra*, 1ª Parte, V. En España, por todos, *vid* BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Comentarios...”, cit., p. 57 y SALELLES CLIMENT, J.R., “Disciplina de los agentes económicos que operan en el mercado”, en AA.VV (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R), *Tratado de contratos*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 169-260.

<sup>1033</sup> Así se deduce de la Resolución de la Comisión Valenciana de Defensa de la Competencia, de 14 de marzo de 2017, *Tanatorios Vinalopó* (Expte. 1/2015).

entre ambas. La teoría de la apreciabilidad está presente en el art. 2 LDC, pero por la vía de la interpretación del concepto de abuso, no porque un precepto independiente así lo exija.

### 2.3. El artículo 3º LDC en relación con el artículo 5º LDC

Tras analizar conjuntamente los arts. 1, 2 y 5 LDC de un modo más o menos satisfactorio, es el momento de abordar el art. 3 LDC, el cual lleva por título “falseamiento de la competencia por actos desleales”. En él se afirma, básicamente, que la CNMC y las AAC conocerán “en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”.

Este precepto, a decir verdad, es complejo. En primer lugar, porque conecta las distintas disciplinas concurrenciales, originando con ello “una disputa interna, de familia” entre la LDC y la LCD<sup>1034</sup>. Pero, sobre todo, porque su interpretación es una cuestión abierta, confusa y controvertida<sup>1035</sup>.

Por un lado, surge el interrogante de si estamos ante una norma que confiere una mera atribución de competencias a la autoridad *antitrust*, o si, por el contrario, se trata de un tercer ilícito tan genuino como los otros dos, a saber, las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio<sup>1036</sup>. Por otro lado, no resulta claro si la

<sup>1034</sup> FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales”, en AA.VV (coords. FONT GALÁN, J.I y PINO ABAD, M), *Estudios de Derecho de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 16.

<sup>1035</sup> Reconocen que es una cuestión abierta porque admite un número inabarcable de interpretaciones DÍEZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal”, *GJUE*, núm. 213, 2001, p. 11 y CASADO NAVARRO., “El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (art. 3 LDC)”, *RDCD*, núm. 22, 2018, p. 1.

<sup>1036</sup> Son defensores de la tesis de la mera atribución de competencias en favor de la autoridad *antitrust*, entre otros: ALLENDESALAZAR CORCHO, R y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDRO, P., “Las conductas prohibidas...”, cit., pp. 54-55; ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia en España”, *Información Comercial Española*, núm. 750, 1996, p. 15; ÍDEM., “Lección 14. Derecho de la competencia (I)”, AA.VV (dirs. MENÉNDEZ, A y ROJO, A), *Lecciones de Derecho mercantil*, Vol. I, 18ª ed, 2020, p. 336; BERENGUER FUSTER, L., “Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia”, *GJUE*, núm. D-29, 1998, pp. 201 y ss; DÍEZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones...”, cit, p. 16; ÍDEM., “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *La Ley*, núm. 6373, 2005, pp. 1284-1296; MASSAGUER, J., “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en AA.VV (dir. MASSAGUER FUENTES, J.), *Comentario a la Ley de la Defensa de la Competencia*, 5ª ed, Madrid, Thomson-Civitas, 2017, p. 294 y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, Madrid, La Ley, 2001, pp. 233-255. La RTDC de 8 de marzo del 2000, *Distribuidora industrial* (Expte. 451/99) avalaría esta interpretación. En cambio, entienden que se trata de un tercer ilícito *antitrust*, entre otros, COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales contrarios al interés público”, en AA.VV (dir. RUÍZ PERIS, J.I), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 74; TRONCOSO REIGADA, M., “El marco normativo de los ilícitos desleales de trascendencia *antitrust* (reflexiones en torno al art. 7 LDC)”, en AA.VV (coord. IGLESIAS PRADA, J.L), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1996, p. 1039; FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., pp. 70-71; ÍDEM., “Defensa de la competencia...”, cit., p. 26; CARBAJO CASCÓN, F., “Introducción...”, cit., p. 41 y MÁRQUEZ LOBILLO, P.,

previa constatación de un acto de competencia desleal es un presupuesto para la aplicación de esta norma o si, en cambio, la deslealtad del comportamiento ha de considerarse probada una vez se constatan los demás requisitos del tipo<sup>1037</sup>.

A la vista de la incertidumbre inherente a esta norma, discernir el rol que desempeña en ella la teoría de la sensibilidad o apreciabilidad se prevé una labor complicada. Por esta razón, no abordaremos (al menos, directamente) ninguna otra cuestión de este ilícito *antitrust* que no sea su relación con la afectación sensible de la competencia. Principalmente, porque consideramos que el resultado de nuestro análisis es el mismo tanto si se considera el falseamiento de la libre competencia por actos desleales como una atribución de competencias o como un verdadero ilícito *antitrust*. Del mismo modo, en lo que respecta a la relación entre los arts. 3 y 5 LDC, nos resulta irrelevante que sea exigible o no un acto de competencia desleal.

La conclusión a la que llegamos sobre el asunto que ahora nos ocupa es que la afectación sensible de la competencia es la razón de ser y la justificación de esta prohibición. En este ilícito *antitrust*, el carácter de lo sensible no se trata solo de un elemento del tipo, sino que además es el soporte en el que se apoyan todos los demás presupuestos. Tan es así que en el supuesto del art. 3 LDC la presencia de la teoría de la sensibilidad o de la apreciabilidad está fuera de cualquier duda. Dicho de otro modo, un falseamiento de la competencia por actos desleales insignificante o poco relevante para el sistema concurrencial es un auténtico despropósito intolerable. No en vano, si

---

“Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en AA.VV (coords. FONT GALÁN, J.I y PINO ABAD, M), *Estudios de Derecho de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 221-222. Esto se constata, entre otras, en la RTDC de 22 de marzo de 1991, *Bombas de cobalto* (Expte. 8/80).

<sup>1037</sup> La doctrina mayoritaria entiende que el acto de competencia desleal es un auténtico elemento de la prohibición. Por todos, *vid* MASSAGUER, J., “Artículo 3...”, cit., p. 300; DIEZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones...”, cit., pp. 15-16; ÍDEM., Falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal ¿Hay un futuro posible para el artículo 3 LDC?”, *Blog competencia y regulación*, 25 de febrero de 2017. Disponible en [derechocompetencia.blogspot.com](http://derechocompetencia.blogspot.com) (Consultado por última vez el 1 de octubre de 2021); TRONCOSO REIGADA, M., “El marco normativo...”, cit., p. 1039; FOLGUERA CRESPO, J., “Relación entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en AA.VV (dir. MASSAGUER, J), *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 202; ZABELETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 247 y MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Falseamiento...”, cit., pp. 223-225. Así lo ha entendido también, generalmente, la ANC. Entre otras muchas, RTDC de 8 de marzo del 2000, *Distribuidora industrial* (Expte. 451/99). Sin embargo, resultan ciertamente convincentes los excelentes trabajos que abogan por entender que el acto de competencia desleal concurre de manera automática una vez se ha puesto de manifiesto que la conducta falsea de forma sensible la competencia, afectando con ello al interés público. Nos referimos en particular a los siguientes: FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., pp. 79-92; ÍDEM., “Defensa de la competencia...”, cit., p. 26; CARBAJO CASCÓN, F., “Introducción...”, cit., p. 41; RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El ilícito *antitrust* como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios”, *GJUE*, núm. 228, 2003, pp. 41-50; COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., pp. 83-84 e ÍDEM., “Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal”, en AA.VV (coords. BELLO MARTÍN CRESPO, M.P y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 220-224.



se admitiese, las disciplinas concurrenciales quedarían tan desfiguradas que no habría intérprete jurídico capaz de distinguirlas.

A la tesis someramente expuesta llegamos a través de una argumentación que se divide sencillamente en dos partes: 1ª) En primer lugar, estudiaremos los antecedentes del art. 3 LDC, lo que nos llevará a referirnos, básicamente, al art. 3.d) LPRC y al art. 7 LDC/89 [*infra*, a)]. 2ª) Seguidamente, abordaremos los distintos elementos o requisitos que conforman el art. 3 LDC, a saber: el falseamiento (sensible) de la competencia, la afectación al interés público y el acto de competencia desleal, si bien es cierto que asignando el papel protagonista, indudablemente, al primero de ellos [*infra*, b)].

a) Los antecedentes legislativos: art. 3.d) LPRC y art 7 LDC

El art. 3. d) LPRC ha sido considerado por algunos autores el primer antecedente legislativo del actual art. 3 LDC<sup>1038</sup>. Sin embargo, para otros, resulta dudoso que así sea<sup>1039</sup>. En cualquier caso, este precepto citaba dentro de las conductas prohibidas (prácticas concertadas y abuso de posición de dominio) aquellas que consistían en desarrollar una política comercial que tendiese, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores

Resulta indiscutible, por tanto, que este “embrión” de falseamiento de la competencia por actos desleales no constituía un ilícito distinto y autónomo respecto de los acuerdos colusorios y los abusos de posición dominante<sup>1040</sup>. Mas no menos cierto es, al mismo tiempo, que suponía una alusión explícita a la disciplina de la competencia desleal en una norma de carácter eminentemente *antitrust*. De ahí que sea interesante reparar en las distintas opiniones doctrinales que suscitó esta primera referencia a la deslealtad en ley orientada a la defensa de la competencia.

Como es lógico, existieron reacciones muy dispares por parte de los juristas más reconocidos de la época. Por un lado, hubo quien dijo que se trataba de un precepto “confuso y desgraciado”<sup>1041</sup>. Otros, en cambio, no se mostraron tan críticos, sino que consideraron normal que esta norma prohibiera prácticas comerciales que tendían a la eliminación de los competidores<sup>1042</sup>. Tampoco faltaron quienes señalaron

<sup>1038</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 73 y ALONSO SOTO, R., “El falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en AA.VV (coord. Díez-Picazo, L), *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor José María Miquel* (vol. I), Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2014, pp. 270-271.

<sup>1039</sup> MASSAGUER, J., “Artículo 3...”, cit., p. 290 e ÍDEM., *Comentario...*, cit., p. 70.

<sup>1040</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 73.

<sup>1041</sup> FONT GALÁN, J.I., “Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Una interpretación del apartado d) del artículo 3 LPRC”, *RDM*, núm. 143-144, 1977, p. 522.

<sup>1042</sup> URÍA GONZÁLEZ, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1973, pp. 68-69.

que, en realidad, la intención de esta disposición era tipificar los actos desleales contrarios a “todos los competidores”<sup>1043</sup>. Incluso hubo quien sugirió que era mejor descartar la letra d) del art. 3 LPRC porque “invadía” el terreno propio de la competencia desleal<sup>1044</sup>.

En cualquier caso, para la ANC resultó indiscutible que la valoración de la conducta desleal a la que aludía esta norma no podía ser causa suficiente por sí misma para declarar prohibidas ciertas prácticas denunciadas por su carácter desleal<sup>1045</sup>. Por el contrario, consideró que lo verdaderamente importante era la prohibición de un resultado dañoso para la comunidad en su conjunto<sup>1046</sup>. De modo que se estimó que la deslealtad de la LPRC y del Estatuto de la Propiedad Industrial de 1902 era diferente, pero no debido a la naturaleza del comportamiento desleal, sino a los distintos intereses protegidos y a la magnitud de los daños, que en el ámbito *antitrust* debían exceder la esfera meramente privada<sup>1047</sup>.

Esas primeras resoluciones del TDC en los comienzos del Derecho *antitrust* español llevaron a la doctrina científica a considerar que sendas disciplinas de la competencia se complementaban mutuamente, pero que cada una tenía su propio objeto y su específico ámbito de aplicación<sup>1048</sup>. De manera que la deslealtad no podía tener cabida dentro de los parámetros sancionadores, ni la ANC podía conocer o decidir sobre su existencia. Es más, hubo quien interpretó el art. 3 d) LPRC en el sentido de que era imprescindible ponerlo en relación con el “objeto o efecto de falsear la competencia”, lo que inexorablemente desemboca en que las prácticas enjuiciadas debían tener un carácter incorrecto o deshonesto<sup>1049</sup>.

Más allá del art. 3 d) LPRC, el antecedente inmediato del art. 3 LDC es el art. 7 LDC/89. Este precepto disponía en su redacción originaria que la autoridad *antitrust* conocería “en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear *de manera sensible* la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público”<sup>1050</sup>.

Se estará de acuerdo en que cuando la redacción de una norma es clara es posible invocar (al menos teóricamente) el viejo apotegma latino *in claris non fit*

<sup>1043</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid, Clares, 1977, p. 91.

<sup>1044</sup> GARRIGUES, J., *La defensa...*, cit., p. 77.

<sup>1045</sup> FONT GALÁN, J.I., “Competencia desleal...”, cit., p. 526.

<sup>1046</sup> RTDC de 24 de noviembre de 1967, comentada por *ibidem*, p. 534.

<sup>1047</sup> *Ibidem*, pp. 535-536.

<sup>1048</sup> *Ibidem*, p. 540.

<sup>1049</sup> *Ibidem*, p. 548.

<sup>1050</sup> Énfasis añadido.

*interpretatio*. El art. 7 exigía expresamente el falseamiento sensible de la competencia, en contraposición con lo que sucedía con el art. 1 LDC/89. Sin este elemento no había conducta típica. Por tanto, la clave del enjuiciamiento no era el acto de competencia desleal sino los particulares efectos exigidos<sup>1051</sup>. Sin embargo, la interpretación de este concepto jurídico indeterminado no resultó nada sencilla, a pesar de que era un requisito o presupuesto bien conocido para el ordenamiento *antitrust* comunitario.

Con el ánimo de solventar las dudas interpretativas, la Ley 52/1999 de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, sustituyó el requisito del falseamiento sensible de la competencia por los términos de grave distorsión de las condiciones de la competencia en el mercado.

La finalidad de esa modificación no era otra que acoger la consolidada práctica de la ANC merced a la cual se limitó el ámbito de aplicación material a aquellos actos de competencia desleal que, en atención a sus circunstancias concurrentes en el caso, habían distorsionado o falseado de manera sensible o grave la competencia<sup>1052</sup>. No obstante, lo cierto es que se consideró una reforma meramente formal sin ninguna trascendencia práctica, en la medida que se equiparó (a nuestro juicio, correctamente) la idea de falseamiento sensible con los términos distorsión grave de la competencia<sup>1053</sup>.

En rigor, la doctrina supo ver, ya en una etapa temprana en relación con el antecedente del art. 3 LDC, que el elemento determinante de este precepto se encontraba en la dimensión de los efectos de la conducta en relación con el mercado relevante<sup>1054</sup>. Al margen de las palabras exactas elegidas por el legislador para expresar esta idea, lo trascendente a considerar por el intérprete respecto al falseamiento de la competencia por actos desleales era, precisamente, que la relevancia del comportamiento produjese una afectación sensible a la competencia que afectase al interés público<sup>1055</sup>. Sin este efecto concreto, no se podrían activar los resortes del juicio *antitrust*.

<sup>1051</sup> MASSAGUER, J., “Artículo 3...”, cit., p. 296 y COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 74.

<sup>1052</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 75.

<sup>1053</sup> De forma muy expresiva se pronunció Díez Estella, F., “Las complicadas relaciones...”, cit., p. 16 quien puso de manifiesto que “lo que antes se decía en un párrafo ahora se dice en dos”. Al respecto, cabe decir que coincidimos con el autor y que para nosotros la realidad material detrás del requisito del “falseamiento sensible de la competencia” y de la “distorsión grave de la competencia” es la misma. Así ocurre, entre otras, en la reciente Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 15 de mayo de 2019, *Calidad Natural* (Expte. 296/2018).

<sup>1054</sup> *Ibidem*, p. 18 y FOLGUERA CRESPO, J., “Relación...”, cit., p. 213.

<sup>1055</sup> Díez Estella, F., “Las complicadas relaciones...”, cit., p. 14.

La dimensión de los efectos que era requerida, sin embargo, no evitó que los particulares presentasen una ingente cantidad de denuncias apoyadas en la supuesta infracción del art. 7 LDC/89. Esto a pesar de que, como bien ha señalado la doctrina, la aplicación de este ilícito *antitrust* ha de ser necesariamente limitada en la medida que no es fácil que una conducta unilateral realizada por una empresa que carece de posición de dominio consiga afectar de forma significativa a la competencia<sup>1056</sup>.

A la vista de lo expuesto, no ha de causar sorpresa ni extrañeza que algún autor se mostrase a favor de la supresión del art. 7 LDC/89, o cualquier norma que se le parezca, en la medida que suponía una gran carga de trabajo para la ANC que, quizás, obligaba a prestar cierta atención a conductas que no resultaban de interés público<sup>1057</sup>. Esta opinión, por otro lado, viene a ampliar los numerosos argumentos que ya había dado la doctrina partidaria de la desaparición de este ilícito *antitrust*<sup>1058</sup>.

En efecto, el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia de 2005, así como los despachos de abogados y profesionales que realizaron comentarios a dicho documento, abogaron generalmente por la supresión del art. 7 LDC/89<sup>1059</sup>. De hecho, el paralizado Anteproyecto de Código Mercantil, parece decantarse por la eliminación de este ilícito *antitrust*<sup>1060</sup>.

Los argumentos a favor y en contra de la pervivencia del precepto que se esgrimieron en el intenso debate que se originó entre la comunidad jurídica ya fueron magistralmente recogidos, analizados y comentados por algún autor, al que nos remitimos<sup>1061</sup>. En lo que ahora interesa, lo importante es que la LDC, pese a la sugerencia del Libro Blanco, optó por mantener el falseamiento de la libre

<sup>1056</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 78. Afirman que la finalidad de la norma es abarcar conductas unilaterales por empresas que no ostentan posición de dominio, además del autor ya citado, los siguientes: FOLGUERA CRESPO, J., “Relación...”, cit., p. 203; FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., p. 88; ÍDEM., “Defensa de la competencia...”, cit., p. 29;

<sup>1057</sup> Afirma que generó un trabajo desmesurado ARMIJO CHÁVARRI, E., “Actos de competencia desleal prohibidos por la Ley 15/2007”, en AA.VV (coord. CREUS, A), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*, Madrid, La Ley, 2008, p. 215. Por otro lado, considera que desvía la atención de la ANC de asuntos más trascendentales para el interés público ALLENDESALAZAR CORCHO, R y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P., “Las conductas prohibidas...”, cit., pp. 55-56.

<sup>1058</sup> ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia...*, cit., pp. 317-321; DE EIZAGUIRRE, J.M., “La indispensable reforma...”, cit., p. 388; MONTAÑA MORA, M., “El discutido artículo 7 Ley de Defensa de la Competencia”, en AA.VV (dirs. MARTÍNEZ LAGE, S y PETITBÒ JUAN, A), *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 298 y DÍEZ ESTELLA, F., “Falseamiento...”, cit. En contra de la supresión, en cambio, ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal...”, cit., p. 15 y ARMIJO CHÁVARRI, E., “Actos de competencia desleal...”, cit., p. 224.

<sup>1059</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA., *Libro blanco...*, cit., apdo. 135º (p. 53).

<sup>1060</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “Falseamiento...”, cit.

<sup>1061</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “¿Réquiem...”, cit., pp. 1284-1296.

competencia por actos desleales en el art. 3 LDC, el cual ha permanecido vigente e inalterado hasta el día de hoy.

El controvertido art. 3 LDC se diferencia de su antecedente, en lo que a nosotros nos interesa, por la supresión de su texto de los términos distorsión grave de la competencia. Esta omisión, además, no fue cubierta con el regreso del carácter sensible del falseamiento concurrencial, tal como exigía el art. 7 LDC/89 en su redacción original. De ahí que, a priori, pudiese pensarse que la intención de esa modificación fuese la de suavizar la prohibición.

Aunque la lectura conjunta de los art. 3 y 5 LDC arroja un resultado muy similar al art. 7 LDC/89, lo cierto es que la doctrina no parece tener clara la dimensión o entidad de los efectos exigibles por este singular ilícito *antitrust*.

Algún sector doctrinal, sorprendido por la omisión a la gravedad del comportamiento, considera que la interpretación conjunta de los dos preceptos en vigor a los que hemos aludido, no arroja el mismo resultado que su antecedente<sup>1062</sup>. Para quien es de esta opinión, el estándar exigido por el art. 5 LDC es menos estricto que la distorsión grave de la competencia<sup>1063</sup>. No en vano, consideran que la distorsión grave de la competencia era un elemento de tipicidad mientras que la regla contenida en el vigente art. 5 LDC no sería, en realidad, un verdadero elemento del tipo<sup>1064</sup>.

Para otro sector mayoritario, sin embargo, la supresión del requisito de la grave distorsión de la competencia no supone una atenuación de la prohibición presente en el art. 3 LDC<sup>1065</sup>. Antes bien, tan solo responde al propósito de no ser redundante, puesto que de lo contrario, podría pensarse que la afectación sensible es otro requisito adicional respecto de la distorsión grave de la competencia, cuando en realidad son lo mismo. A nuestro juicio, esta opción de equiparar el falseamiento sensible de la libre competencia (*ex* art. 3 y 5 LDC) con la grave distorsión del orden concurrencial (art. 7 LDC/89) nos parece la opción más plausible.

<sup>1062</sup> ALLENDESALAZAR CORCHO, R y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P., “Las conductas prohibidas...”, cit., pp. 55-57.

<sup>1063</sup> BROKELMANN, H., “Defensa de la Competencia. Una nueva ley”, *El notario del siglo XXI*, núm. 11, 2007. Hemos manejado la versión online disponible en [www.elnotario.es](http://www.elnotario.es) (Consultado por última vez el 6 de octubre de 2021).

<sup>1064</sup> ALLENDESALAZAR CORCHO, R y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P., “Las conductas prohibidas...”, cit., pp. 55-57 y PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., pp. 94-97.

<sup>1065</sup> MASSAGUER, J., “Artículo 3...”, cit., pp. 307-313; ALONSO SOTO, R., “El falseamiento...”, cit., p. 271; COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 91; IDEM., “Prohibición de falseamiento...”, cit., pp. 225-227; ARMIJO CHÁVARRI, E., “Actos de competencia desleal...”, cit., pp. 220-221 y GARCÍA PÉREZ, R., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (a propósito de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de febrero de 2012 Iberdrola Sur)”, *RDCD*, núm. 11, 2012, pp. 229-252.

Sin embargo, dentro del grupo mayoritario al que hemos hecho alusión, hay matices trascendentes. Para algún autor de esta corriente, la cuestión de si la afectación significativa de la competencia es un elemento o no de tipicidad carecería de trascendencia práctica, en la medida en que todo “falseamiento de la competencia por actos desleales de menor importancia” podría ser perseguida por los operadores económicos ante los tribunales ordinarios<sup>1066</sup>. Para otro, resulta claro que no se trataría de un elemento del tipo como antaño, sino que ahora tendría cabida como una posible exención (*ex art. 5 LDC*)<sup>1067</sup>. Sin embargo, también hay voces que consideran incuestionable que el requisito de la apreciabilidad o la sensibilidad resulta un elemento del tipo<sup>1068</sup>. A esta última línea de opinión es a la que nos adherimos.

A nuestro juicio, quien ha señalado que el falseamiento sensible de la competencia es un elemento del ilícito que encarna y condensa el singular efecto que hace que un acto de competencia desleal pueda ser un ilícito *antitrust*, no se equivoca<sup>1069</sup>. En efecto, el falseamiento de la competencia ha de integrar un componente cualitativo o de exigencia de relevancia que justifique que la ANC entre a conocer de ese comportamiento concurrencial<sup>1070</sup>. Dicho de otro modo, no es suficiente con cualquier efecto negativo sobre la estructura o las condiciones del mercado sino que se requiere una distorsión sensible, grave o significativa. La puesta en valor del bien jurídico protegido y la consideración de la doctrina *de minimis* (o la teoría de la apreciabilidad) como un elemento estructural presente en los arts. 1, 2 y 3 LDC apuntan, inevitablemente, en esta dirección<sup>1071</sup>. Esto lo corrobora, además, la práctica consolidada y reiterada de la ANC<sup>1072</sup>.

A la vista de todo lo anterior, cabe concluir que la afectación sensible o apreciable de la competencia ha sido y es un elemento (explícito o implícito) del falseamiento de la competencia por actos desleales. Es verdad que la terminología empleada por el legislador no ha sido constante desde la versión original del art. 7 LDC/89 hasta el vigente art. 3 LDC. Pero no menos cierto es que la ontología de un

<sup>1066</sup> ARMIJO CHÁVARRI, E., “Actos de competencia desleal...”, cit., p. 221 (nota 285).

<sup>1067</sup> ALONSO SOTO, R., “El falseamiento...”, cit., p. 279.

<sup>1068</sup> MASSAGUER, J., “Artículo 3...”, cit., p. 312 y COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., pp. 78-79.

<sup>1069</sup> MASSAGUER, J., “Artículo 3...”, cit., p. 309.

<sup>1070</sup> *Ibidem*, 312.

<sup>1071</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., pp. 78-79.

<sup>1072</sup> Entre otras, RRCNMC de 13 de febrero de 2014, *Carrefour* (Expte. 456/13); de 13 de febrero de 2014, *MSC* (Expte. 478/13); de 30 de julio de 2015, *LIDL* (Expte. 524/15); de 29 de septiembre de 2015, *Caixabank* (Expte. 536/14); RCNC de 22 de febrero de 2008, *Universidad Politécnica de Madrid* (Expte. 2787/07); RRCNC de 11 de marzo de 2008, *Tu Billete* (Expte. 41/08); de 3 de noviembre de 2008, *Animales de compañía* (Expte. 2765/07) y de 28 de enero de 2009, *Rotores* (Expte. 2659/05).

ilícito *antitrust* que tiene por función abarcar conductas unilaterales emprendidas por empresas sin posición dominante no puede exigir otra cosa<sup>1073</sup>.

b) Los requisitos o presupuestos del art. 3 LDC

El falseamiento sensible de la libre competencia no es el único elemento de la prohibición contenida en el art. 3 LDC. Aunque con ciertos matices, es una cuestión más o menos aceptada en nuestra comunidad jurídica que son tres los presupuestos que conforman el tipo<sup>1074</sup>. Nos referimos al acto de competencia desleal, al falseamiento (sensible) de la competencia y a la afectación del interés públicos.

Parece claro que, según el tenor literal del art. 3 LDC, se ha de efectuar un examen en cascada de estos tres requisitos<sup>1075</sup>. De este modo, antes que nada habría de analizarse el encaje de la conducta en la LDC. Una vez probada la transgresión de algún precepto de esta norma, la ANC debería de pronunciarse acerca del falseamiento de la competencia. Y, finalmente, siempre que concurren los dos presupuestos anteriores, el aplicador de la norma entraría a valorar la posible afectación al interés público.

Este *modus operandi*, sin embargo, nos parece desafortunado. A nuestro juicio, esta forma de llevar a cabo el examen del art. 3 LDC carece de sentido en la medida en que el Derecho *antitrust* es una disciplina orientada a los efectos contrarios a la eficiencia del sistema concurrencial. Razones de orden sistemático y práctico sugieren que es más adecuado invertir el orden en el que se analizan los distintos elementos, sobre todo para evitar que la ANC interprete y aplique normas de Derecho

<sup>1073</sup> De igual forma, aunque se entienda que el art. 3 LDC es una atribución de competencias a la CNMC para conocer de ciertos actos de competencia desleal, tampoco se sostendría dicha habilitación si no reparase en los efectos negativos significativos en la competencia efectiva, en el sistema concurrencial en su conjunto.

<sup>1074</sup> Por un lado, afirmamos que existe amplia aceptación en nuestra comunidad jurídica sobre la concurrencia de tres requisitos porque en este sentido hay innumerables ejemplos de decisiones de la ANC que lo avalan, muchos señalados por MASSAGUER, J., “Artículo 3. Falseamiento...”, cit., p. 300, nota 33. Pero por otro lado, al hablar de matices queremos hacer referencia a dos cuestiones: 1ª) algunos autores han señalado que el falseamiento sensible de la competencia y la afectación del interés público son materialmente un mismo requisito (*Vid* COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 80; TRONCOSO REIGADA, M., “El marco normativo...”, cit., p. 1043 y FOLGUERA CRESPO, J., “Relación...”, cit., p. 218). 2ª) otras voces han planteado la posibilidad de que el acto de competencia desleal concorra implícitamente en el momento que queda demostrado el falseamiento sensible de la competencia que afecta al interés público (*Vid* FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., pp. 81-84; COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., pp. 83-85 y RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El ilícito *antitrust*...”, cit., pp. 32-51).

<sup>1075</sup> En la práctica decisoria de la ANC hay numerosos ejemplos de este *modus operandi*. Entre otras, RRCNMC de 25 de septiembre de 2015, *Productores de sal* (Expte. 442/12); de 23 de abril de 2015, *TIB Chemicals* (Expte. 483/13); RRCNC de 22 de diciembre de 2008, *Renfe-Adif* (Expte. 82/08); de 20 de diciembre de 2007, *Agencia de carga/Correos* (Expte. 703/06); de 15 de septiembre de 2009, *Cerámicas del Principado* (Expte. 95/08) y, sobre todo, la RTDC de 26 de enero del 2000, *Distribuidora Industrial* (Expte. 451/99). De hecho, también es posible encontrar autores que han defendido este planteamiento, como es el caso de ZABELETA DÍAZ, M., *La explotación...*, cit., p. 247.

privado que, en principio, son ajenas a su ámbito de actuación, siempre que no exista un falseamiento sensible de la competencia que afecte al interés público.

De esta misma opinión es la mejor doctrina científica<sup>1076</sup>. La solvencia y claridad de las voces que se han mostrado a favor de comenzar el examen del art. 3 LDC por los efectos del comportamiento y no, desde luego, por el análisis de la deslealtad de la conducta enjuiciada, justifican una remisión directa a estos autores. Además, ha de destacarse que la práctica decisoria de la ANC corrobora su planteamiento. No en vano, una abrumadora cantidad de resoluciones acoge, abiertamente, la forma de proceder sugerida por este sector doctrinal<sup>1077</sup>.

En consecuencia, nos centraremos primero en el falseamiento sensible de la competencia, después en la afectación del interés público y, finalmente, con carácter ciertamente residual, en el acto de competencia desleal. Como se tendrá ocasión de comprobar, este último elemento resulta irrelevante a la hora de interpretar adecuadamente el rol que desempeña la teoría de la apreciabilidad o sensibilidad en el precepto que ahora nos ocupa.

En primer lugar, se ha de señalar que el art. 3 LDC únicamente prohíbe los actos de competencia desleal que falsean de forma significativa la libre competencia<sup>1078</sup>. O, dicho de otro modo, que no proscriben aquellos actos que no la falsean significativamente o que no la falsean en absoluto<sup>1079</sup>. Por tanto, conforme a este precepto es imprescindible discernir cuándo un comportamiento unilateral emprendido por una empresa que carece de posición de dominio afecta de manera apreciable o sensible al sistema concurrencial.

Al respecto, resulta evidente que exigir un falseamiento de la competencia implica atender a una serie de factores como el entorno empresarial en el que se

<sup>1076</sup> COSTAS COMESAÑA, J., "Los actos desleales...", cit., p. 82; MASSAGUER, J., "Artículo 3...", cit., pp. 302-303 y CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M., "Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 LDC: especial consideración al requisito de afectación de interés público", AA. VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2014*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 204.

<sup>1077</sup> Entre otras, RRCNC de 24 de febrero de 2012, *Iberdrola Sur* (Expte. 213/10); de 11 de marzo de 2008, *Tu Billete* (Expte. 41/08); de 3 de noviembre de 2008, *Animales de compañía* (Expte. 2765/07); de 18 de abril de 2008, *Cámaras de Comercio* (Expte. 50/08); de 9 de febrero de 2009, *World premiun rates/Opera* (Expte. 101/08); de 16 de abril de 2009, *Direct recursos* (Expte. 123/08); de 2 de julio de 2009, *FECSA/ENDESA* (Expte. 2797/07); de 18 de julio de 2009, *La Sexta* (Expte. 151/08); de 10 de noviembre de 2009, *Venta de aceites en grandes superficies* (Expte. 106/09) y RTDC de 13 de marzo de 1998, *Resopal* (Expte. 402/97).

<sup>1078</sup> GARCÍA PÉREZ, R., "Falseamiento...", cit., pp. 236-240.

<sup>1079</sup> A nuestro juicio, no todos los actos de competencia desleal falsean la competencia de forma automática. Junto con los intereses ligados a la competencia, en la LCD hay intereses públicos relevantes como la salud, el medio ambiente o ciertos derechos fundamentales como la dignidad, que también son tenidos en cuenta. Por ejemplo, algunos casos de publicidad ilícita, como podría ser aquella que se considere sexista o la que presente sin un motivo justificado a los menores en situaciones peligrosas constituyen, indudablemente, un acto de competencia desleal (ex. art. 18 LCD). Sin embargo, es difícil sostener que ese tipo de anuncios son capaces de falsear la competencia. De acuerdo con nosotros, *ibídem.* pp. 236-240.



desenvuelve la práctica, el tipo de mercado afectado, la estructura competitiva en su conjunto, etc<sup>1080</sup>. Sin embargo, lo cierto es que la práctica de la ANC no se mostró muy clara a la hora de interpretar este requisito cuando constaba de forma explícita en el propio tenor literal del vetusto art. 7 LDC/89<sup>1081</sup>. Antes bien, abundan las resoluciones en las que se enfatizó la necesidad de que el comportamiento denunciado afectase de forma sensible a la competencia, pero sin llegar a precisar cuándo ocurre esto<sup>1082</sup>.

En la práctica decisoria de la ANC, empero, se encuentran ideas relacionadas con el falseamiento sensible de gran interés. En el asunto *Aceites de Oliva*, por ejemplo, se puso de manifiesto que este requisito hace referencia a las condiciones del mercado<sup>1083</sup>. Por otro lado, en el caso *Ascensores Málaga* se constató que lo determinante son los efectos en el mercado relevante, sin que nada impida que dicho mercado sea de un ámbito nacional o tan solo local<sup>1084</sup>. Incluso se ha afirmado que la existencia de efectos positivos para el funcionamiento del mercado excluye la posibilidad de que se afecte de forma sensible a la competencia<sup>1085</sup>. No obstante, la idea más consistente acerca del falseamiento sensible es que este efecto se produce cuando se dificulta la entrada o permanencia de competidores en el mercado o cuando se alteran los mecanismos de funcionamiento normales del sistema concurrencial<sup>1086</sup>.

De todos modos, se puede concluir sin miedo a error que “la restricción sensible de la competencia, como requisito sustantivo del precepto, revela que la represión y sanción que ejercen las autoridades de la competencia (a diferencia de la jurisdicción ordinaria) no recae sobre la conducta en sí misma sino sobre el efecto restrictivo”<sup>1087</sup>. Pues en palabras del antiguo TDC, el falseamiento de la libre competencia “no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger,

<sup>1080</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones...”, cit., p. 14.

<sup>1081</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>1082</sup> RTDC de 19 de enero de 1998, *Cementerio Coruña* (Expte. 264/97); de 21 de junio de 1999, *Codorniu/Freixenet* (Expte. 333/98); de 8 de octubre de 1999, *Farmacias Las Palmas* (Expte. 374/99) y de 26 de junio de 1997, *Colegio San Alberto Magno* (Expte. 217/97).

<sup>1083</sup> RTDC de 8 de julio de 1992, *Aceites de Oliva* (Expte. 294/91).

<sup>1084</sup> RTDC de 17 de junio de 1996, *Ascensores Málaga* (Expte. 156/96). En este pronunciamiento la ANC consideró que no se afecta de forma sensible a la competencia si la oferta en el mercado relevante es suficientemente amplia como para que no hubiese graves repercusiones en el mercado en cuestión. Por lo que respecta al mercado relevante de ámbito local, un ejemplo es la RTDC de 9 de febrero de 1998, *Veterinarios a domicilio* (Expte. 368/95), decisión en la que la ANC consideró que el mercado relevante afectado era la zona noroeste de Madrid.

<sup>1085</sup> RTDC de 13 de marzo de 1998, *Resopal* (Expte. 402/97). Esto coincide con lo que señalamos en la 1ª parte de este trabajo, donde pusimos de relieve que la doctrina *de minimis* ha sido permeable a otras nociones del Derecho *antitrust*, entre ellas, los efectos procompetitivos o ambivalentes. A este respecto, resulta curioso que en la India, país alejado de nuestro entorno más próximo, la noción de efecto apreciable sobre la competencia haya pivotado, precisamente, en esos efectos procompetitivos. *Vid* PATHASARATHY, S., *Competition law...*, cit., p. 82.

<sup>1086</sup> Entre otras, RTDC de 3 de noviembre de 1992, *Tecnotrón* (Expte. 16/91); de 10 de junio de 1993, *Gremi de Llibers de València c. Santillana, S.A y Grupo Anaya, S.A* (Expte. 50/93) y de 30 de septiembre de 1999, *Bacardi* (Expte. 362/99).

<sup>1087</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 86 e IDEM., “Prohibición de falseamiento...”, cit., pp. 223-224.

directamente, los intereses de los competidores perjudicados. De esto se encarga la LCD. La LCD es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado”<sup>1088</sup>.

De estas palabras no es difícil inferir que no se puede falsear de manera apreciable la libre competencia sin que, al mismo tiempo, se vea afectado el interés público tutelado por la LCD, siendo ambos requisitos materialmente uno solo<sup>1089</sup>. De este modo, ambos presupuestos se tendrían que interpretar de forma unitaria<sup>1090</sup>. La afectación negativa del interés público derivaría, por tanto, del efecto falseador de la libre competencia causado por la conducta, el cual ha de revestir necesariamente una cierta magnitud o alcanzar un determinado umbral<sup>1091</sup>.

Por otro lado, la afectación del interés público no es exclusivamente un requisito para la aplicación del art. 3 LDC, sino que también lo es para la aplicación de los arts. 1 y 2 LDC<sup>1092</sup>. No en vano, la ANC sirve a los intereses generales a través del mantenimiento de una competencia suficiente o efectiva. No tutela directamente intereses particulares<sup>1093</sup>. El interés público en una competencia no falseada es un requisito consustancial a la normativa de defensa de la competencia que la dota de sentido y la inspira<sup>1094</sup>. De ahí que el test de la apreciabilidad esté presente en todos los

<sup>1088</sup> RTDC de 13 de marzo de 1998, *Resopal* (Expte. 402/97).

<sup>1089</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 87. En la misma línea ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia...*, cit., pp. 302-304; MONTAÑA MORA, M., “El discutido...”, cit., p. 297; TRONCOSO REIGADA, M., “El marco normativo...”, cit., p. 1043; FOLGUERA CRESPO, J., “Relación...”, cit., p. 218; CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M., “Últimas tendencias...”, cit., p. 204 y MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Falseamiento...”, cit., p. 225. En contra, aunque los considera dos elementos diferentes pero que mantienen una estrechísima relación MASSAGUER, J., “Artículo 3...”, cit., pp. 313-316 y también PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 94.

<sup>1090</sup> Entre otros, MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Falseamiento...”, cit., p. 225 y CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M., “Últimas tendencias...”, cit., pp. 204-220. Precisamente esta última autora ha realizado un trabajo muy meritorio en el que analiza cómo ha de interpretarse este requisito conjunto de la afectación del interés público y el falseamiento sensible de la competencia merced a la práctica relativamente reciente de la ANC (*vid.*, pp. 216-220).

<sup>1091</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La competencia desleal”, *DN*, núm. 20, 1992, p. 2; COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 91; ALONSO SOTO, A., “Lección 14...”, cit., p. 336 y FOLGUERA CRESPO, J., “Relación...”, cit., pp. 215-217. Los intereses públicos metaconcurrentiales, por tanto, quedarían al margen del art. 3 LDC, tal como sostuvo MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 76 en relación al art. 7 LDC/89.

<sup>1092</sup> ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia...*, cit., pp. 302-303; COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 90 y FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., p. 55.

<sup>1093</sup> FOLGUERA CRESPO, J., “Relación...”, cit., pp. 215-217. Por todas, resulta muy ilustrativa la Resolución de la Comisión Gallega de la Competencia de 26 de diciembre de 2019, *Venta de prensa y revistas al margen del distribuidor exclusivo* (Expte. 10/2019).

<sup>1094</sup> ALONSO SOTO, R., “El interés público ...”, cit., pp. 40-41, quien precisamente repara a la hora de desarrollar esta idea en la teoría de la apreciabilidad y las conductas de escasa importancia. También FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., p. 55.

ilícitos *antitrust* (recordemos, es omnipresente) aunque de forma diferente en cada uno de ellos (pues también es polifacético)<sup>1095</sup>.

La aceptación de la conclusión anterior (a nuestro juicio, bastante razonable) cuenta con el aval de la práctica decisoria de la ANC, puesto que dicho organismo ha venido manteniendo de forma mayoritaria la identificación de la lesión del interés público con el falseamiento sensible de la competencia<sup>1096</sup>. Inequívocas son las palabras del antiguo TDC, especialmente, en el asunto *Colegio Abogados de Vigo*, donde afirmó que para aplicar el art. 3 LDC es preciso “acreditar que la actuación presuntamente desleal afecte al interés público, es decir, que se falsee de modo sensible la competencia”<sup>1097</sup>.

Ahora bien, no hay regla sin excepción. Y así ocurrió en el asunto *Iberdrola Sur*<sup>1098</sup>. En esta resolución, la CNMC analizó el falseamiento significativo o sensible de la competencia en términos de captación de clientela, estructura de mercado y barreras de entrada y salida. La afectación al interés público, en cambio, la examinó teniendo en consideración el contexto jurídico y económico en el que se produjo la conducta imputada. En particular, atendió al momento en que se realiza la conducta (esto es, en plena liberalización del mercado) y a los bienes y servicios afectados (totalmente esenciales para quienes sufrieron la conducta, en tanto que la electricidad es un input básico de la economía)<sup>1099</sup>.

Cierto es, empero, que el contexto jurídico y económico está ligado a las conductas de menor importancia merced al art. 3 RDC, precepto que contribuye a determinar el carácter apreciable de una práctica concurrencial más allá de los criterios cuantitativos de cuota de mercado del art. 1 RDC<sup>1100</sup>. A nuestro juicio, esto significa dos cosas. Por un lado, que cualquier intento de diferenciar en la práctica el interés público del falseamiento sensible de la competencia es artificial e innecesario. Por otro lado, que las conductas de menor importancia *ex art. 5 LDC* tienen algún tipo de conexión con el interés público y el falseamiento de la competencia *ex art. 3 LDC*.

<sup>1095</sup> A esta conclusión llegamos en el final de la 1ª Parte de este trabajo.

<sup>1096</sup> Así lo sostiene ARMIJO CHÁVARRI, E., “Actos de competencia desleal...”, cit., p. 219, quien se apoya en un número considerable de resoluciones de la ANC, todas ellas citadas en la nota 283.

<sup>1097</sup> RTDC de 27 de mayo de 2002, *Colegio de Abogados de Vigo* (Expte. 516/02). Por todas, RCNC de 20 de febrero de 2012, *Balearia* (Expte. 310/10). Sobre la aplicación del Derecho antitrust a los colegios profesionales, *vid* SERRANO CAÑAS, J.M., “Los profesionales liberales ante el nuevo Derecho de la Competencia”, *DN*, núm. 130-131, 2001, pp. 17-28.

<sup>1098</sup> RCNC de 24 de febrero de 2012, *Iberdrola Sur* (Expte. 213/10). No obstante, en honor a la verdad, ha de decirse que hay alguna que otra resolución más que también diferencia interés público de afectación sensible de la competencia. Por todas, RTDC de 8 de abril de 2003, *Eléctricas Eriste* (Expte. 535/02).

<sup>1099</sup> La naturaleza de los bienes y servicios afectados está contenida en uno de los elementos fundamentales del test de la apreciabilidad según GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 125.

<sup>1100</sup> Lo que resulta curioso igualmente para GARCÍA PÉREZ, R., “Falseamiento...”, cit., pp. 248-249.

En efecto, la doctrina científica considera que existe incertidumbre en torno al carácter sensible o significativo del falseamiento de la competencia requerido por la interpretación conjunta de los arts. 3 y 5 LDC<sup>1101</sup>. Surgen, fundamentalmente, tres preguntas: 1ª) ¿Es equivalente el desvalor de resultado del vigente art. 5 LDC y el de la grave distorsión de la competencia que exigía el derogado art. 7 LDC/89? 2ª) ¿Cuándo es un falseamiento de la competencia por actos desleales apreciable o significativo según el art. 5 LDC y el RDC? y; 3ª) ¿Tiene alguna implicación el presupuesto de la afectación del interés público en el test de la apreciabilidad o sensibilidad en sede del art. 3 LDC? A continuación, tratamos de darles respuesta:

1ª) A nuestro juicio, la modificación que experimentó el art. 7 LDC/89 en su redacción original, merced a la cual se sustituyó la noción del falseamiento sensible por los términos de distorsión grave, fue desafortunada<sup>1102</sup>. En efecto, la afectación sensible de la competencia como un elemento del ilícito *antitrust* no es desconocida en sede comunitaria y en Derecho comparado. La grave distorsión, en cambio, no es sino otra forma de aludir a esa exigencia de cierta relevancia, pues no cualquier efecto negativo justificaría la intervención de la ANC<sup>1103</sup>. De modo que la lectura conjunta de los arts. 3 y 5 LDC es simplemente una vuelta a la redacción originaria del art. 7 LDC/89, la cual era preferible<sup>1104</sup>.

2ª) Por otro lado, una conducta emprendida por una única empresa que carece de posición de dominio solo puede afectar de forma sensible a la competencia merced al contexto jurídico y económico en el que se desarrolla.

El art. 5 LDC alude a la cuota de mercado y a otros criterios como elementos para determinar la menor importancia. En este sentido, aunque la cuota de mercado pueda tenerse en cuenta junto a otros factores, es evidente que no se puede exigir un determinado umbral más allá de que la empresa no debe disfrutar de posición de dominio (pues si así fuese, el precepto adecuado para juzgar la conducta sería el art. 2 LDC). De modo que necesariamente se ha de atender a esos “otros criterios” a los que alude el precepto.

Lo anterior explica que los arts. 1 y 2 RDC no proporcionen mucha ayuda para determinar el carácter de lo sensible en sede del art. 3 LDC<sup>1105</sup>. Por un lado, porque la redacción del art. 1 RDC está pensada para acuerdos (en sentido amplio) y no para

<sup>1101</sup> ARMIJO CHÁVARRI, E., “Actos de competencia desleal...”, cit., pp. 221-225.

<sup>1102</sup> COMENGE PUIG, M., “Los planes claros y los abusos consentidos”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2006*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 473.

<sup>1103</sup> MASSAGUER, J., “Artículo 3...”, cit., pp. 312.

<sup>1104</sup> COMENGE PUIG, M., “Los planes...”, cit., p. 473.

<sup>1105</sup> COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., p. 92. En contra, PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., pp. 94-95.

comportamientos unilaterales. Por otro lado, porque el art. 2 RDC es una matización del precepto anterior que, igualmente, está pensado para ser de utilidad en el caso de concurrencia de voluntades, pero no de conductas emprendidas por una sola empresa<sup>1106</sup>.

A nuestro juicio, el único precepto que arrojaría algo de luz acerca del carácter apreciable del falseamiento por actos desleales es el art. 3 RDC, el cual alude al contexto jurídico y económico<sup>1107</sup>. En rigor, éste hace referencia a un conjunto de circunstancias que alcanzan a revelar un daño efectivo o una puesta en peligro de cierta gravedad para el bien jurídico protegido. Es, por tanto, un concepto jurídico indeterminado que ha de ponerse en relación con los “otros criterios” a los que se alude en el art. 5 LDC.

En conclusión, al igual que ocurría con el art. 7 LDC/89 en su redacción original, el único modo de discernir si un comportamiento unilateral emprendido por una empresa sin posición de dominio afecta de forma significativa o sensible a la competencia efectiva es analizando caso por caso los distintos aspectos que pongan de manifiesto que la conducta trasciende el interés de los particulares y que afecta o puede afectar al normal desarrollo del mercado. Esto no genera tanta inseguridad jurídica como pudiera parecer, pues se cuenta con una referencia valorativa como es el bien jurídico protegido<sup>1108</sup>.

3ª) Finalmente, coincidimos con el sector de la doctrina que considera que la exigencia de afectación al interés público *ex* art. 3 LDC imposibilita la inaplicación de la prohibición en virtud del art. 5 LDC<sup>1109</sup>. O, dicho de otro modo, que una conducta que afecta al interés público difícilmente puede considerarse un comportamiento de menor importancia. Pues, en nuestra opinión, la doctrina *de minimis* como elemento del tipo infractor está presente en el propio texto del artículo 3 LDC en la medida en que la referencia en esta norma al interés público (inexistente en los arts. 1 y 2 LDC) exige que esa conducta unilateral sea apta para provocar un significativo o sensible efecto restrictivo sobre la competencia<sup>1110</sup>.

<sup>1106</sup> A excepción, cierto es, de lo establecido en el apdo 4º de dicho precepto.

<sup>1107</sup> ARMIJO CHÁVARRI, E., “Actos de competencia desleal...”, cit., p. 222.

<sup>1108</sup> Como ha sostenido COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., pp. 77-78, la doctrina *de minimis* es un elemento estructural de todas las prohibiciones que conecta con la competencia efectiva. En todo caso, para ir llenando de contenido este concepto jurídico indeterminado ha de tenerse en cuenta la práctica que desarrollen las autoridades *antitrust* (ANC y AAC) y los órganos jurisdiccionales, tal como señalado GARCÍA PÉREZ, R., “Falseamiento...”, cit., p. 240 e *ibídem*, p. 222. A nuestro juicio, añadiríamos que también pueden ser interesantes las STJUE que hayan aplicado criterios cualitativos en el test de la apreciabilidad o sensibilidad.

<sup>1109</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., p. 528; BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Comentarios...”, cit., p. 65 y GALÁN CORONA, E., “Las conductas de menor importancia...”, cit., p. 299.

<sup>1110</sup> BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Comentarios...”, cit., p. 65.

Como es natural, esta posición no es unánime en nuestra comunidad jurídica. Hay voces que sostienen que la afectación al interés público y el efecto sensible sobre la competencia son cuestiones diferentes<sup>1111</sup>. Según estos autores, lo primero es un requisito de tipicidad y responde a criterios cualitativos, mientras que lo segundo no es un verdadero presupuesto y atiende, en todo caso, a criterios cuantitativos<sup>1112</sup>. De hecho, incluso hay quien considera que la significancia o sensibilidad del falseamiento vendría, simplemente, de la superación de los umbrales del art. 1 RDC<sup>1113</sup>.

La opinión anterior, aún a riesgo de equivocarnos, no termina de convencernos. En primer lugar, porque la doctrina *de minimis* atiende tanto a criterios cuantitativos como cualitativos. Afirmar que el interés público presta atención a elementos cualitativos y que el falseamiento sensible de la competencia solo se preocupa de aspectos cuantitativos resulta artificial y asume como premisa que las cuotas de mercado fijadas en las Comunicaciones de la CE o en el RDC tienen una importancia mayor de la que verdaderamente ostentan en lo que se refiere al test de la apreciabilidad o sensibilidad. Pero además, no puede obviarse que las cuotas de mercado surgieron como criterio en relación a los acuerdos colusorios, de modo que resulta cuestionable que sean extrapolables sin más al falseamiento de la competencia por actos desleales.

El propio art. 5 LDC habla de otros criterios. El art. 3 RDC alude al contexto jurídico y económico. Esos elementos de diversa índole han servido para que la ANC y el TJUE consideren que ciertas conductas no afectan a la competencia de forma significativa. Y es que bien entendido el propósito del Derecho *antitrust*, no cabe otra solución posible.

La visión de la disciplina que nos ocupa como un instrumento para perseguir un ideal de competencia en el que lo más importante es el número de operadores y su tamaño (enfoque cuantitativo del sistema concurrencial) ha de considerarse desfasada<sup>1114</sup>. En la actualidad, no se protege la competencia en sí misma, sino el

<sup>1111</sup> Por todos, MASSAGUER, J., “Artículo 3..., cit., pp. 315-317 y PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas..., cit., pp. 94-95.

<sup>1112</sup> Para PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5..., cit., p. 269, sin embargo, el interés público parece exigir cierta afectación sensible tanto cuantitativa como cualitativa.

<sup>1113</sup> PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas..., cit., pp. 94-95.

<sup>1114</sup> Entre otros, KOLSTAD, O., “Competition law and intellectual property rights: outline of an economics-based approach”, en AA.VV (ed. DREXL, J), *Research handbook on intellectual property and competition law*, United Kingdom, Edward Elgar, 2008, pp. 3-26; DREXL, J., “Is there a more economic approach to intellectual property and competition law?”, en AA.VV (ed. DREXL, J), *Research handbook on intellectual property and competition law*, United Kingdom, Edward Elgar, 2008, pp. 39-43 y CARBAJO CASCÓN, F., “Introducción..., cit., p. 32.

resultado de un mercado que funcione de forma eficiente y dinámica, sin falseamientos que lo distorsionen (enfoque cualitativo)<sup>1115</sup>.

En consecuencia, si una conducta falsea de forma sensible la competencia, ésta necesariamente afecta al interés público (siempre y cuando entendamos que el interés público protegido en el art. 3 LDC es, precisamente, una competencia no falseada, y no cualquier otro). Y a la inversa, si se ve afectado el interés público (en una competencia no falseada), forzosamente se ha debido de falsear de forma significativa el normal funcionamiento del sistema concurrencial. Un falseamiento de la competencia por actos desleales de menor importancia es un oxímoron, igual que lo es el abuso de posición de dominio, ya que las nociones de interés público y de falseamiento de la competencia obligan a realizar el test de la apreciability o sensibilidad que no conozca de cualquier conducta unilateral emprendida por una empresa que carece de posición de dominio.

Como es natural, no faltan autores que han cuestionado la necesidad de que la LDC abarque conductas unilaterales emprendidas por empresas sin posición de dominio, en la medida en que esta norma carece de preceptos análogos en la experiencia comparada<sup>1116</sup>. No obstante, mientras que el legislador no suprima este *sui generis* ilícito *antitrust*, es un tipo que necesariamente tiene que prestar atención al carácter apreciable de la restricción de la competencia. Lo contrario convertiría a este minotauro concurrencial, más mítico que real (en acertada expresión de cierta doctrina), en una auténtica carta blanca desfiguradora de las dos disciplinas concurrenciales<sup>1117</sup>.

Esta conclusión, además, es independiente a la morfología del precepto que se considere acertada. No varía tanto si se cree que se necesita un acto desleal de la LCD o justo lo contrario. En el primer caso, se estará de acuerdo en que la ANC no puede conocer de cualquier desleal, sino tan solo de aquellos que presenten una “deslealtad cualificada” (residiendo esa cualificación, precisamente, en el falseamiento de la

<sup>1115</sup> KOLSTAD, O., “Competition law...”, cit., pp. 3-4; LIANOS, I, MATEUS, A y RASLAN, A., “Is there a tension between development economics and competition?”, en AA.VV (eds. SOKOL, D, CHENG, T Y LIANOS, I), *Competition Law and development*, California, Stanford University Press, 2013, pp. 47-51; DUTZ, M.A y HAYRI, A., “Does More Intense Competition Lead to Higher Growth?”, *Policy Research Working Paper*, núm. 2320, 2000, utilizada la versión online disponible en [openknowledge.worldbank.org](https://openknowledge.worldbank.org) (Consultado por última vez el 14 de octubre de 2021) y BAHAMONDE DELGADO, R., “El derecho de la competencia y los derechos de propiedad intelectual en la Unión Europea y España”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 16, 2012, pp. 493-495.

<sup>1116</sup> Entre otros, ALLENDESALAZAR CORCHO, R y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P., “Las conductas prohibidas...”, cit., pp. 55-56.

<sup>1117</sup> Esta expresión es de FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., “Defensa de la competencia...”, cit., pp. 21-22.

competencia que afecta al interés público)<sup>1118</sup>. En el segundo supuesto, esto es, que se conciba el art. 3 LDC como un *antitrust* único que presupone el acto de competencia desleal, es precisamente el efecto especialmente trascendental lo que justificaría que una conducta concurrencial, pese a no ser un acuerdo ni un abuso de posición dominante, reciba el mismo trato que los ilícitos *antitrust* clásicos. De ahí que el carácter apreciable vaya intrínseco en el tipo sea cual sea el planteamiento seguido.

A la vista de todo lo expuesto, tenemos que dar la razón a aquel sector doctrinal que ha defendido la conveniencia de introducir el elemento de lo sensible en el art. 1 LDC, en lugar de disponer del art. 5 LDC, que puede resultar ciertamente confuso<sup>1119</sup>. No en vano, de acuerdo con estos autores, en los arts. 2 y 3 LDC el requisito de lo sensible se encontraría necesariamente implícito en la prohibición. Las experiencias comparadas de la UE y los distintos EEMM que la conforman así lo confirman<sup>1120</sup>.

De este modo, nos atrevemos a proponer la supresión del art. 5 LDC y a dar una nueva redacción al art. 3 LDC, entendiendo que el efecto requerido por la norma (y su presupuesto fundamental) es un falseamiento de la competencia que por ostentar una determinada magnitud o entidad alcanza a afectar al interés público. En particular, la norma quedaría redactada de la siguiente manera:

### **Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por otros comportamientos concurrenciales unilaterales**

“Sin perjuicio de las prohibiciones anteriores, se prohíbe todo comportamiento concurrencial unilateral que, a pesar de ser realizado por una empresa que no disfruta de posición de dominio en el mercado, afecte o pueda afectar al interés público en el mantenimiento de una libre competencia no falseada”<sup>1121</sup>.

<sup>1118</sup> Coincidimos así con CARBAJO CASCÓN, F., “Introducción...”, cit., p. 40 en que lo decisivo es que se afecte a la estructura o al funcionamiento del mercado relevante.

<sup>1119</sup> BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Comentarios...”, cit., pp. 45-68. Por otro lado, pone de manifiesto con claridad lo confuso que resulta el art. 5 LDC y los arts. 1 a 3 RDC como mecanismo ineludible para determinar el carácter sensible de la restricción MARCOS, F., “La exigencia de sensibilidad del falseamiento de la competencia en la LDC. Notas a propósito de la problemática puesta de manifiesto por la STS de 29 de enero de 2008”, *Diario la Ley*, núm. 7328, Sección doctrina, 2010, *passim*.

<sup>1120</sup> BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Comentarios...”, cit., pp. 45-68.

<sup>1121</sup> Se observa así que somos partidarios de la teoría del ilícito *antitrust* único, defendida por FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., *passim*; COSTAS COMESAÑA, J., “Los actos desleales...”, cit., pp. 83-85; RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El ilícito antitrust...”, cit., pp. 32-51 y CASADO NAVARRO, “El controvertido...”, cit., p. 10. De hecho, la noción de “comportamiento concurrencial realizado por una empresa que no disfruta de una posición de dominio”, como alternativa al acto de competencia desleal, es sugerida por MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla de *minimis*...”, cit., p. 21. El motivo por el que abogamos por esta solución reside, esencialmente, en que evita las disfuncionalidades que ocasiona la valoración de un acto desleal por parte de la ANC, más aún cuando todo comportamiento concurrencial que falsee la competencia y afecte al interés público ha de ser, necesariamente, un acto de competencia desleal (pues la LCD



### 3. El Reglamento de Defensa de la Competencia

Como es sabido, el art. 5 LDC dispone que el concepto de conducta de menor importancia se ha de desarrollar reglamentariamente. En consecuencia, el RDC dedica sus tres primeros preceptos a dicha cuestión. Pues bien, de cada uno de ellos nos ocupamos en las siguientes páginas con el fin de proponer un desarrollo reglamentario que, a nuestro juicio, resulta más deferente con una aproximación económica al Derecho *antitrust*.

El art. 1 RDC, en particular, instaura unos umbrales de cuota de mercado con el objetivo de determinar qué acuerdos encajan en la noción de menor importancia [*infra*, 3.1]. Se trata, *grosso modo*, de un contenido extremadamente semejante al que se podía encontrar en la ya desfasada COM01 e incluso al previsto hoy en la COM14 (en la medida en que ésta no ha modificado los porcentajes previstos por su predecesora)<sup>1122</sup>. En cualquier caso, lo cierto es que el art. 1 RDC ofrece un concepto de comportamiento *de minimis* incompleto, pues resulta aplicable a las prácticas colusorias, pero no al abuso de posición de dominio ni al falseamiento de la competencia por actos desleales.

Seguidamente, el art. 2 RDC señala ciertos tipos de acuerdos que no pueden disfrutar de la salvaguarda establecida en el precepto anterior, a pesar de que cumplan con los umbrales de cuota de mercado preestablecidos [*infra*, 3.2]. Se trata también de una norma inequívocamente inspirada en la COM01, aunque con alguna excentricidad que resulta perturbadora<sup>1123</sup>. Con todo, cabe recordar que la COM14 suprimió la lista negra que caracterizó a las dos Comunicaciones *de minimis* anteriores y, en su lugar, alude al concepto de restricción por el objeto<sup>1124</sup>. Esto ha agravado la discrepancia inicial entre el RDC y el ordenamiento comunitario.

Por último, el art. 3 RDC lleva por título “otras conductas de menor importancia” [*infra*, 3.3]. Se trata de un precepto que posibilita que la ANC recurra al contexto jurídico y económico en su examen del carácter sensible o apreciable de la competencia. Esta norma introduce flexibilidad, toda vez que permite considerar insignificantes ciertas prácticas colusorias que no cumplan con las exigencias en

---

y la LDC mantienen una relación de Ley general y Ley especial). En todo caso, cabe advertir que la redacción propuesta no supone un pronunciamiento sobre la conveniencia o no de mantener este ilícito *antitrust* en nuestro ordenamiento. No en vano, la cuestión sobre las bondades (y peligros) de la derogación del art. 3 LDC merecería una disertación al margen de este trabajo.

<sup>1122</sup> COM14, apdos. 8º-11º. Así lo señalan también TRONCOSO REIGADA, M y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *Competition law...*, cit., p. 31.

<sup>1123</sup> Nos referimos al art. 2.2.e), el cual afirma que no se entenderá de menor importancia aquella cláusula de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años.

<sup>1124</sup> COM14, apdo. 2º

términos de cuota de mercado y de tipo de acuerdo fijadas en los arts. 1 y 2 RDC<sup>1125</sup>. Además, es una previsión más original que los arts. 1 y 2 RDC. De hecho, no encuentra reflejo en la COM01 (ni tampoco en la COM14). Mas no por ello debe resultar una norma excéntrica o disruptiva. Antes bien, cuenta con el respaldo de la jurisprudencia comunitaria<sup>1126</sup>.

### 3.1. Comentario al artículo 1 RDC

El primer precepto del RDC se ocupa de las conductas de menor importancia atendiendo al criterio de la cuota de mercado. En este sentido, establece diferentes umbrales según se trate de un acuerdo horizontal (entre competidores) o vertical (entre no competidores).

Para los acuerdos horizontales la cuota de mercado conjunta de las empresas no debe exceder del 10% en ninguno de los mercados relevantes afectados. Sin embargo, para los acuerdos verticales (a priori, más inofensivos para la competencia que los suscritos entre competidores) se prevé la salvaguarda *de minimis* para aquellos casos en los que la cuota de mercado de cada una de las compañías que lo celebran no supere el 15%. Además, el legislador opta por un criterio conservador en virtud del cual se fija una cuota de mercado del 10% cuando no resulte posible determinar si se trata de una conducta entre competidores o entre no competidores.

Estos criterios cuantitativos del RDC son plenamente coincidentes con los establecidos en la COM01 y en la COM14<sup>1127</sup>. Por tanto, existe un alineamiento total con el ordenamiento comunitario en este extremo. También son idénticos a la mayoría de umbrales de cuotas de mercado fijados en nuestro entorno comparado, precisamente porque estos países, al igual que España, han copiado directamente los criterios de la CE<sup>1128</sup>. De ahí que algunos autores sostengan, con buen criterio, que quizás hubiese sido más prudente una remisión directa a la Comunicación de la CE<sup>1129</sup>.

<sup>1125</sup> BARRANTES DÍAZ, B., “Dos años de aplicación del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Balance y asuntos más destacados”, en AA.VV (coord. BACHES OPI, S), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Balance de aplicación*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 150-153. Para PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., pp. 80 y 84, sin embargo, el art. 3 RDC no resulta aplicable a aquellas conductas enumeradas en el art. 2 RDC.

<sup>1126</sup> Entre otras, STJUE de 10 de diciembre de 1985, *NSO* (asunto C-260/82), apdo. 46º y Auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009, *Lubricantes y carburantes Galaicos S.L y GALP Energía España, S.A.U* (C-506/07).

<sup>1127</sup> COM01, apdo. 7º y COM14, apdos. 8º y 9º.

<sup>1128</sup> Entre otros, a modo de ejemplo, art. L. 464.6.1 del Código de Comercio francés; apdos. 7º-10º de la *De Minimis Notice n°18/2007 of the Bundeskartellamt on the non-prosecution of cooperation agreements of minor importance*, de 13 de marzo de 2007, apdo. 1º. (Disponible en [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de), consultada por última vez el 19 de octubre de 2021); art. 16 de la Ley de Defensa de la Competencia búlgara, de 28 de noviembre de 2008; art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia estonia, de 1 de octubre de 2001; art. 3 de la regulación croata en materia de menor importancia, de 7 de enero de 2011 (Disponible en [www.aztn.hr/en](http://www.aztn.hr/en), consultada por última vez el 19 de octubre de 2021); art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovena, de 11 de abril de

Por otro lado, hay quien ha planteado que sería deseable que los porcentajes fuesen más bajos en el Derecho *antitrust* interno, en la medida en que el mercado español resulta más pequeño que el comunitario<sup>1130</sup>. En nuestra opinión, sin embargo, este planteamiento no termina de resultar convincente. Si bien es cierto que el mercado español tiene una dimensión mucho más reducida que el mercado comunitario en su conjunto, no menos verdad es que los porcentajes (al contrario del volumen de negocios, por ejemplo) son una cuantificación en términos relativos y no absolutos. Para determinar la cuota de mercado de las empresas se ha de definir, antes que nada, cuál es el mercado relevante. Dado que éste es más reducido en el ámbito nacional o autonómico que en el comunitario, no parece que haya justificación plausible para fijar unos umbrales diferentes.

Además, conviene enfatizar que introducir en España unas cuotas diferentes a las que existen en el ordenamiento comunitario y en la mayoría de EEMM introduciría una discrepancia (innecesaria) que complicaría aún más el análisis del carácter sensible o apreciable de la restricción de la competencia en sede nacional.

Al margen de todo lo anterior, el art. 1 RDC también prevé que cuando, en un determinado mercado, “la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes de cuota de mercado fijados en los apartados anteriores quedarán reducidos al 5%”<sup>1131</sup>. Matizando a su vez que no se apreciará la existencia de este efecto acumulativo si menos del 30% del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos<sup>1132</sup>.

Esto, igualmente, coincide casi en su totalidad con la previsión que al respecto contiene la COM01 y la COM14<sup>1133</sup>. Dicho contenido procede, a su vez, de la jurisprudencia del TJUE en el caso *Delimitis*<sup>1134</sup>. Se refuerza así la idea de que,

---

2008; art. 2.2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia austriaca de 2005 y apdos. 9º-11º de la Comunicación *de minimis* de la República Checa (Disponible en <https://www.uohs.cz>, consultada por última vez el 19 de octubre de 2021).

<sup>1129</sup> DORRONSORO, C., “Artículo 5...”, cit., p. 234; CAMPO FANLO, C., “Tratamiento...”, cit., p. 246 y MARTÍNEZ ROSADO, J., “Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la Competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?”, *RDCD*, núm. 5, 2009, p. 180.

<sup>1130</sup> PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 82.

<sup>1131</sup> Art. 1. d) RDC.

<sup>1132</sup> Esta previsión (idéntica en Derecho comunitario) ha sido vista como un análisis del contexto jurídico y económico de la práctica enjuiciada por GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 120.

<sup>1133</sup> COM01, apdo. 8º y COM14, apdo. 10º. La única diferencia (a nuestro juicio, nada significativa) estriba en que en las Comunicaciones *de minimis* se afirma que es “improbable” que exista un efecto acumulativo de exclusión si menos del 30 % de un mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares. Esto en contraposición con el RDC, el cual es mucho más tajante y disipa cualquier duda de que se pueda considerar una excepción a esta regla.

<sup>1134</sup> STJUE de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu* (asunto C-234/89).

probablemente, hubiese sido más conveniente que el RDC hubiese realizado una mera remisión a la Comunicación de la CE<sup>1135</sup>.

Por último, llama la atención que el RDC omita (imaginamos que intencionadamente) la posibilidad de tener en cuenta la evolución de las cuotas de mercado, tal como se establece en el apto 9º de la COM01 (hoy presente en el apdo. 11º de la COM14). En concreto, la CE estima que los pactos no restringen la competencia si las cuotas de mercado referidas registran un incremento inferior a dos puntos porcentuales durante dos años naturales consecutivos. Éste es, quizás, el único aspecto donde no hay una plena coincidencia entre la norma de *hardlaw* española y el instrumento de *softlaw* comunitario, en relación a las cuotas de mercado. El resultado no es otro que un mayor automatismo, pero también una mayor rigidez, en el ordenamiento nacional<sup>1136</sup>.

### 3.2. *Comentario al artículo 2º RDC*

El art. 2 RDC señala que ciertos tipos de acuerdos no se entenderán de menor importancia aun cuando encajen en los criterios cuantitativos apuntados en el art. 1 RDC. De modo que para el intérprete jurídico surge la siguiente pregunta: ¿esta norma implica que estos acuerdos nunca pueden ser de menor importancia o, simplemente, que a aquellas conductas previstas no les son aplicables los criterios de cuota de mercados definidos en el artículo anterior?

En rigor, como pone de manifiesto la disparidad de opiniones entre la doctrina científica, las dos interpretaciones son posibles<sup>1137</sup>. Por un lado, resulta indiscutible que el título del precepto (“conductas excluidas del concepto de menor importancia”) hace alusión a la propia noción de restricción concurrencial inapreciable o insignificante, y no tan solo a los umbrales de cuota de mercado. Pero, por otro lado, no es menos cierto que el art. 3 RDC, titulado “otras conductas de menor importancia”, permite sostener lo contrario. De hecho, en sede comunitaria la lista negra contenida en la COM97 y la COM01 no ha impedido que el TJUE haya aplicado

<sup>1135</sup> DORRONSORO, C., “Artículo 5...”, cit., p. 234; CAMPO FANLO, C., “Tratamiento...”, cit., p. 246 y MARTÍNEZ ROSADO, J., “Distribución...”, cit., p. 180.

<sup>1136</sup> PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 82 y MARTÍNEZ ROSADO, J., “Distribución...”, cit., p. 180.

<sup>1137</sup> Para BARRANTES DÍAZ, B., “Dos años...”, cit., pp. 150-153, por ejemplo, el art. 3 RDC se puede aplicar a aquellos acuerdos enumerados en el art. 2 RDC. En cambio, para PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., pp. 80 y 84, el art. 3 RDC no resulta aplicable a aquellas conductas enumeradas en el art. 2 RDC.

la doctrina *de minimis* a ciertos comportamientos que, a priori, pueden ser perjudiciales para la competencia por su propia naturaleza<sup>1138</sup>.

En realidad, ambas posiciones disfrutan de ventajas. La exclusión radical de este tipo de acuerdos, por ejemplo, pone en valor el carácter perjudicial que normalmente presentan estas conductas. Además, contribuye a una aplicación automática de la norma, por cuanto que un acuerdo queda excluido de la doctrina *de minimis* en el mismo momento que encaja en la lista enunciada en el art. 2 RDC. Pero abogar tan solo por la no aplicación de los criterios de cuota de mercado (sin renunciar a la aplicación de la teoría de la sensibilidad merced a otros criterios) entraña un examen más flexible y respetuoso con el caso concreto.

Es cierto, sin embargo, que ambas aproximaciones también cuentan con desventajas. La interpretación más radical implica un juicio formalista, puramente abstracto, abstraído de la realidad. La postura más laxa, en cambio, presenta el inconveniente de requerir un análisis circunstancial por parte de la autoridad *antitrust* y de los jueces, el cual es por definición más profundo y elaborado. Este examen consume más recursos y, generalmente, permite un mayor margen de apreciación que puede dar lugar a pronunciamientos contradictorios (especialmente si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento existen varias ANC).

A la vista de lo señalado, no nos resulta sencillo decantarnos por una opción u otra. No obstante, afortunadamente, ello no es necesario. Si se considera que lo más deseable es que el Derecho *antitrust* interno esté alineado con el Derecho comunitario, basta con defender la modificación de nuestra legislación nacional para que coincida con la teoría de la apreciabilidad tal como es entendida en la UE. De ser el caso, el debate que someramente hemos traído a colación queda resuelto, como tendremos ocasión de comprobar más adelante al comparar el art. 2 RDC con la COM14.

Al margen de lo anterior, interesa sobre todo subrayar que la lista de los acuerdos que no se consideran de menor importancia, pese a cumplir con los requisitos de cuota de mercado enunciados en el art. 1 RDC, distingue entre conductas realizadas por competidores (art. 2.1 RDC) y aquellas otras llevadas a cabo por empresas que operan en niveles distintos de la cadena de distribución (art. 2.2 RDC).

En el primer grupo, destacan las prácticas que tengan por objeto, directa o indirectamente, la fijación de los precios de venta de los productos a terceros (letra a);

---

<sup>1138</sup> Entre otras, SSTJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69); de 21 de enero de 1999, *Carlo Bagnasco and others* (asuntos C-215/96 y C-216/96) y STPI de 19 de marzo de 2003, *CMA CGM and others* (asunto T-213/00).

la limitación de la producción o las ventas (letra b) y el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones (letra c)<sup>1139</sup>.

En el segundo grupo, en cambio, encontramos aquellas que tengan por objeto, directa o indirectamente, el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo (letra a); la restricción de las ventas activas o pasivas a usuarios finales por parte de los miembros de una red de distribución selectiva (letra b); la restricción de los suministros recíprocos entre distribuidores pertenecientes a un mismo sistema de distribución selectiva (letra c); la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora a otros productos que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales, a talleres de reparación independientes o a proveedores de otros servicios a los que el comprador no haya encomendado la reparación o el mantenimiento de sus productos (letra d); cualquier cláusula de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años (letra e) y la restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda venderlos (letra f).

El paralelismo entre los supuestos recogidos en el art. 2 RDC y el apdo. 11° de la COM01 (documento vigente cuando se promulgó la LDC) resulta indiscutible. Asimismo, desde una perspectiva de Derecho comparado, también existe una clara uniformidad (debido a que la mayoría de EEMM se han inspirado igualmente en la COM01)<sup>1140</sup>. De modo que, a priori, las exclusiones del concepto de menor importancia formuladas por el RDC parecen bastante razonables o, al menos, consensuadas.

Cierto es, empero, que algunos ordenamientos han optado por una regulación algo más liberal, en el sentido de que no han excluido del concepto de conducta de menor importancia a ningún tipo de acuerdo vertical, ni siquiera aquellos enumerados en el apdo 11° de la COM01. Este es el caso de Bulgaria, Dinamarca, Hungría, Polonia y República Checa<sup>1141</sup>. El motivo es, sencillamente, que los acuerdos verticales resultan menos peligrosos

<sup>1139</sup> La Resolución de la Comisión Gallega de la Competencia de 15 de diciembre de 2020, *Licitación Transporte Escolar* (Expte. 4/2020) es ejemplo de aplicación del art. 2.1.c).

<sup>1140</sup> Aunque con matices, podemos citar como ejemplos las siguientes normas: art. L. 464.6.2 del Código de Comercio francés; apdos. 13°-15° de la *De Minimis Notice n°18/2007 of the Bundeskartellamt on the non-prosecution of cooperation agreements of minor importance*, de 13 de marzo de 2007, apdo. 1°. (Disponible en [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de), consultada por última vez el 19 de octubre de 2021); art. 2.2.2 de la Ley de Defensa de la Competencia austriaca de 2005; arts. 6-9 de la regulación croata en materia de menor importancia de 7 de enero de 2011 (Disponible en [www.aztn.hr/en](http://www.aztn.hr/en), consultada por última vez el 19 de octubre de 2021) y art. 7.4 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovena, de 11 de abril de 2008.

<sup>1141</sup> Art. 15 de la Ley de Defensa de la Competencia búlgara, de 28 de noviembre de 2008; art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia danesa, de 18 de junio de 2013; art. 13.3 de Ley de Defensa de la Competencia húngara de 1996; art. 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia polaca, de 16 de febrero de 2007 y apdo 12°



para la competencia que los horizontales. Con todo, a nuestro juicio, merece mención especial la legislación eslovaca, pues es la única (que tengamos noticia) que se encuentra plenamente equiparada al Derecho comunitario, en la medida que excluye de la noción de conducta *de minimis* directamente a las restricciones por el objeto (en concordancia con la STJUE en el asunto Expedia y la COM14)<sup>1142</sup>.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, conviene reparar en que una de estas exclusiones supone una previsión un tanto *sui generis* que no encuentra parangón a nivel comunitario ni comparado<sup>1143</sup>. Nos referimos a la cláusula de no competencia cuya duración es superior a los 5 años.

En efecto, aquellas cláusulas de no competencia con una duración superior a los 5 años están excluidas del REC sobre acuerdos verticales merced al art. 5 de dicha norma<sup>1144</sup>. Sin embargo, como resulta evidente, el hecho de que una cláusula con este contenido esté excluida de un REC no implica que haya de considerarse una cláusula negra a efectos de excluirla del concepto de acuerdo de menor importancia<sup>1145</sup>. Como ha señalado la doctrina, los REC y la doctrina *de minimis* son cosas diferentes, pues al margen de que una conducta encaje o no en un REC, ésta tiene que estar prohibida por el art. 101.1 TFUE, y para ello ha de afectar de forma significativa o sensible a la competencia<sup>1146</sup>.

Esta disfuncionalidad de nuestra normativa de la competencia ha dado lugar a gran litigiosidad, especialmente en los contratos de distribución de carburantes<sup>1147</sup>.

---

de la Comunicación *de minimis* de la República Checa (Disponible en [www.uohs.cz](http://www.uohs.cz), consultada por última vez el 19 de octubre de 2021).

<sup>1142</sup> Art. 4.2 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovaca, de 27 de febrero de 2001.

<sup>1143</sup> DORRONSORO, C., “Artículo 5...”, cit., p. 237; CAMPO FANLO, C., “Tratamiento...”, cit., p. 243; TRONCOSO REIGADA, M y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *Competition law...*, cit., p. 32 y BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Derecho de la competencia y contratos de distribución”, en AA.VV (eds. ALONSO UREBA, A; VELASCO SAN PEDRO, L; ALONSO LEDESMA, C; ECHEVARRÍA SÁENZ, M y VIERA GONZÁLEZ, A.J), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p. 666.

<sup>1144</sup> Reglamento núm. 330/2010 de la CE, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del art. 101, apdo 3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L-102, de 23 de abril de 2010).

<sup>1145</sup> CAMPO FANLO, C., “Tratamiento...”, cit., p. 243.

<sup>1146</sup> BENAVIDES VELASCO, P., “Algunos problemas...”, cit., pp. 31 y 45.

<sup>1147</sup> Sobre la problemática de estos contratos en el Derecho *antitrust*, entre otros: *Ibidem*, pp. 29-53; BENAVIDES VELASCO, P., “Sentencia de 16 de abril de 2012: Prácticas restrictivas de la competencia. Exención por categorías y acuerdos *de minimis*”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 90, 2012, pp. 327-348; DÍEZ ESTELLA, F., “A vueltas con la fijación de precios en la distribución de carburantes (Comentario al auto del Tribunal de justicia de la Comunidad económica europea de 3 de septiembre de 2009, Asunto C-506/07)”, *Diario la Ley*, núm. 7306, 2009, versión online disponible en [www.fernandodiezestella.com](http://www.fernandodiezestella.com) (Consultado por última vez el 22 de octubre de 2021); QUINTÁNS EIRAS, M.R., “Naturaleza jurídica de los contratos de distribución de carburantes y Derecho de la competencia: una ecuación que es necesario resolver”, *ADI*, t. XXXI, 2010-2011, pp. 613-639; VICIANO PASTOR, J y MARTÍ MIRAVALLES, J., “Derecho *antitrust* y contrato de agencia: los riesgos significativos e insignificantes del agente en las redes de distribución de carburante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDM*, núm. 280, 2011, pp. 237-255; MARTÍ

Más allá de la controversia sobre la naturaleza de estos contratos, lo cierto es que en dichos acuerdos se suelen incluir cláusulas con una duración nada desdeñable, que oscila entre los 25 y los 40 años<sup>1148</sup>. Circunstancia que, sin embargo, no ha impedido que en nuestro ordenamiento interno se consideren acuerdos insignificantes o inapreciables para la competencia en ciertas ocasiones<sup>1149</sup>. De hecho, esta posibilidad cuenta con el aval del TJUE, quien ha señalado que lo relevante en estos casos no es únicamente la duración de los acuerdos, sino el contexto jurídico y económico en relación con el efecto de cierre producido en el mercado relevante<sup>1150</sup>. Por este motivo encontramos aún más sorprendente (e improcedente) la letra e) del art. 2.2 RDC.

A nuestro juicio, los acuerdos que no tienen capacidad de restringir significativamente la competencia quedan fuera del art. 101.1 TFUE y, por ello, están excluidos de la aplicación de los REC, que solo se aplican a acuerdos sujetos a la prohibición<sup>1151</sup>. Ésta debería ser también la interpretación del art. 1 LDC. Por ello, consideramos que los supuestos del art. 2 RDC en todo caso excluyen la aplicación de los criterios cuantitativos del art. 1 RDC, pero no la doctrina *de minimis*<sup>1152</sup>. Sostener lo contrario sería ir en la dirección opuesta al ordenamiento comunitario.

Además, ha de enfatizarse que la Comunicación *de minimis* es solo un instrumento para acreditar cuándo existe una restricción sensible de la competencia que no impide que se puedan utilizar otros factores distintos a los que en ella se contienen<sup>1153</sup>. De modo que conviene replantearse la necesidad de convertir en “*hard law*” lo que en un principio es tan solo un instrumento de “*soft law*”. De ahí que parezca más razonable entender que el art. 2 RDC excluye a ciertos tipos de acuerdos de los umbrales del art. 1 RDC, pero no del concepto de doctrina *de minimis* o, lo que es lo mismo, del test de la apreciabilidad.

Por otro lado, el art. 2 RDC señala, en su apdo 4º, que tampoco se entenderán de menor importancia las conductas desarrolladas por empresas titulares o beneficiarias de derechos exclusivos (letra a) y las conductas desarrolladas por

---

MIRAVALLS, J., “Contrato de abanderamiento...”, cit., pp. 299-316 y MARTÍNEZ ROSADO, J., “Distribución...”, cit., pp. 153-188.

<sup>1148</sup> Sobre la compleja naturaleza de estos contratos y la teoría de la asunción de riesgos significantes, nos remitimos a los excelentes trabajos de QUINTÁNS EIRAS, M.R., “Naturaleza jurídica...”, cit., pp. 613-639 y VICIANO PASTOR, J y MARTÍ MIRAVALLS, J., “Derecho *antitrust*...”, cit., pp. 237-255.

<sup>1149</sup> A modo de ejemplo, SAP de Madrid de 14 de junio de 2007 (rec. 627/2006) y STS de 16 de abril de 2012 (rec. 436/2009), esta última comentada por BENAVIDES VELASCO, P., “Sentencia de 16 de abril de 2012...”, cit., pp. 327-348.

<sup>1150</sup> Auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009, *Lubricantes y carburantes Galaicos S.L y GALP Energía España, S.A.U* (C-506/07), comentado por DÍEZ ESTELLA, F., “A vueltas con la fijación...”, cit., versión online disponible en [www.fernandodiezestella.com](http://www.fernandodiezestella.com) (Consultado por última vez el 22 de octubre de 2021).

<sup>1151</sup> BENAVIDES VELASCO, P., “Sentencia de 16 de abril...”, cit., pp. 345-348.

<sup>1152</sup> BARRANTES DÍAZ, B., “Dos años...”, cit., pp. 150-153.

<sup>1153</sup> TOBÍO RIVAS, A.M., “La aplicación...”, cit., p. 582.



empresas presentes en mercados relevantes en los que más del 50% esté cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales cuyas consecuencias sean similares (letra b). Estas dos previsiones, como ha apuntado la doctrina científica, suponen una novedad respecto de la COM01 no exenta de lógica económica<sup>1154</sup>.

Se ha de notar, empero, que la COM14 sustituyó la lista negra del apdo 11º de la COM01, en la que innegablemente se basa el art. 2 RDC, por la noción de restricción por el objeto<sup>1155</sup>. Esto, como es evidente, se trata de una diferencia de gran calado.

Según la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Cartes Bancaires*, *Budapest Bank* y *Generics Uk*, el contexto jurídico y económico es fundamental en la correcta valoración de una conducta como restricción por el objeto<sup>1156</sup>. Para que un comportamiento pueda calificarse de tal forma, por tanto, no basta con que exista una experiencia sólida y fiable que nos sugiera que la conducta enjuiciada presenta un grado suficiente de nocividad en abstracto. Por el contrario, es necesario que esa presunción no quede rebatida o cuestionada por el contexto jurídico y económico.

De modo que el razonamiento simplista en virtud del cual una fijación de precios o cualquier otra restricción obvia de la competencia no puede ser de menor importancia resulta cuestionable. Antes bien, cualquier conducta formalmente perjudicial por su propia naturaleza podría no encajar en el concepto de restricción por el objeto merced a su contexto jurídico y económico. Y de ser así, no quedaría al margen de la teoría de la apreciabilidad.

Aunque la exclusión de ciertos comportamientos de la noción de conducta de menor importancia está fuertemente arraigada en nuestro ordenamiento (fruto del RDC, que a su vez copió la COM01), lo cierto es que esta creencia carece de aval comunitario. En rigor, el TJUE sostuvo en el caso *Expedia* que una restricción por el objeto no puede ser *de minimis*<sup>1157</sup>. Pero esto, aunque con demasiada frecuencia se confunde con otros conceptos afines como el de *hardcore restriction* o restricción obvia de la competencia, *no es exactamente lo mismo*. El contexto jurídico y económico marca una diferencia mayúscula, pues en el momento en que éste es imprescindible, se ha de tolerar un cierto test de la sensibilidad o apreciabilidad.

De este modo, el art. 2 RDC resulta contradictorio con la jurisprudencia comunitaria y la COM14. De hecho, nuestra normativa resulta mucho más inflexible

<sup>1154</sup> BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Derecho de la competencia...”, cit., pp. 666-667.

<sup>1155</sup> COM14, apdo. 2º.

<sup>1156</sup> SSTJUE de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (C-67/13); de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18) y de 30 de enero de 2020, *Generics UK* (C-307/18).

<sup>1157</sup> STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (asunto C-226/11).

que lo sugerido por el TJUE y la CE<sup>1158</sup>. Se trata, en definitiva, de una previsión obsoleta que, en aquellos casos de conductas que cuenten con una experiencia sólida y fiable sobre su grado suficiente de nocividad, pero cuya peligrosidad quede rebatida por su contexto jurídico y económico, daría lugar a soluciones contradictorias según se atiende al Derecho interno o al régimen comunitario. Esto demuestra, en suma, que no siempre una aplicación formalista o de “*check list*” es garantía de seguridad jurídica.

A la vista de todo lo que acaba de indicarse, creemos adecuado sugerir que el ordenamiento jurídico español debería suprimir la lista negra del art. 2 RDC. En su lugar, sería más conveniente que se considerase, legal o jurisprudencialmente, que una restricción por el objeto, así considerada tras atender a la experiencia y al contexto jurídico y económico, no puede ser calificada a posteriori como un comportamiento *de minimis*<sup>1159</sup>. Esto resulta coherente con el Derecho supranacional y evita dudas interpretativas innecesarias en la aplicación conjunta de los regímenes *antitrust* interno y comunitario.

Si bien es cierto que en el panorama comparado abundan las regulaciones en términos similares a la española, no menos verdad es que algún socio comunitario ha acogido la opción que aquí proponemos. Este es el caso de Eslovaquia<sup>1160</sup>. No en vano, en su legislación *antitrust* nacional aseguran que los acuerdos no constituyen prácticas restrictivas *si sus efectos* en la competencia no son apreciables, lo cual acontecerá cuando no se superen los umbrales de cuota de mercado definidos en cada momento por la autoridad *antitrust*. Además, por si hubiese alguna duda, se aclara que todo acuerdo que tenga por objeto la restricción de la competencia constituye un efecto apreciable para la competencia<sup>1161</sup>.

En consecuencia, creemos no equivocarnos al proponer, con el fin de armonizar nuestro régimen jurídico con el comunitario, la conveniencia de que se sustituyan los arts. 1 y 2 RDC por un único precepto que se adecúe sin sorpresas a la interpretación que de la doctrina *de minimis* se hace en sede supranacional. En particular, el art. 1 RDC quedaría redactado de la siguiente manera:

<sup>1158</sup> MARTÍNEZ ROSADO, J., “Distribución...”, cit., p. 180.

<sup>1159</sup> Así lo ha reconocido la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 16 de octubre de 2020, *Recogida de Aceites CAE* (Expte. 413/2020), apdo. 226°.

<sup>1160</sup> Art. 4.2 de la Ley de Defensa de la Competencia eslovaca, de 27 de febrero de 2001.

<sup>1161</sup> Traducción propia de la versión inglesa de la Ley de Defensa de la Competencia eslovaca, de 27 de febrero de 2001, disponible en [www.antimon.gov.sk](http://www.antimon.gov.sk) (Consultada por última vez el 24 de octubre de 2021).

**Artículo 1. Acuerdos de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado.**

“Se entenderán de menor importancia aquellos acuerdos que sean restrictivos de la competencia por sus efectos, siempre y cuando no superen los umbrales de cuota de mercado definidos con este propósito por la CE”.

A nuestro juicio, esta propuesta presenta una serie de ventajas. 1ª) En primer lugar, se adapta al ordenamiento comunitario tanto en el presente como en el futuro. De modo que, si la CE decidiese cambiar o matizar los umbrales fijados en la COM14, no se tendría que modificar nuestro RDC<sup>1162</sup>. 2ª) En segundo lugar, tal como ocurre en la UE, los acuerdos restrictivos de la competencia por su objeto no se beneficiarían del puerto seguro que supone la Comunicación *de minimis*, lo que aligeraría la carga probatoria de la ANC. 3ª) Pese a lo anterior, la norma sería flexible y respetuosa con el análisis caso por caso, en la medida en que excepcionalmente una conducta puede no ser una restricción por el objeto atendiendo a su contexto jurídico y económico (a pesar de contar con una experiencia sólida y fiable que apunte en esa dirección)<sup>1163</sup>. En este caso, nada impediría que ese comportamiento fuese considerado *de minimis*, aunque consista en una fijación de precios o en cualquier otra restricción obvia de la competencia. 4ª) Dado que la propuesta a la que nos referimos supone una aplicación del test de la sensibilidad en la restricción concurrencial menos formalista, centrada en los efectos reales de la conducta, con ella se avanzaría hacia una aproximación más económica del Derecho *antitrust*.

Sin embargo, huelga decir que este precepto estaría incompleto sin la norma que, seguidamente, complementaría la definición reglamentaria de lo sensible. De modo que, tal como se tendrá ocasión de comprobar cuando terminemos el comentario al art. 3 RDC, propondremos un art. 2 RDC que trataría de arrojar algo de luz sobre los “otros criterios” a los que hace referencia el actual art. 5 LDC.

3.3. *Comentario al artículo 3º RDC*

El art. 3 RDC apunta que, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1 y 2 RDC, la CNMC podrá declarar no aplicables los arts. 1 a 3 LDC a las conductas que, *atendiendo a su contexto jurídico y económico*, no sean aptas para afectar de manera

<sup>1162</sup> Ciertamente, empero, que la ANC ha dejado claro que está facultada para perseguir acuerdos cubiertos por la Comunicación *de minimis* vigente en cada momento *ex art.* 101.1 TFUE y, más aún, *ex art.* 1 LDC en las RRTDC de 13 de marzo de 1998, *Resopal* (Expte. 3780/98) y de 26 de octubre de 2001, *Open english* (Expte. 301/01). Pero por seguridad jurídica, nos parece acertada una alineación clara y sin matices.

<sup>1163</sup> Aunque en relación con el ámbito específico de las plataformas digitales, la conveniencia de llevar a cabo un análisis caso por caso para no condenar comportamientos que puedan ser procompetitivos ha sido señalada por GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Prácticas restrictivas de la competencia en la economía colaborativa: las plataformas digitales en busca de puerto seguro para su modelo de negocio”, *RDCD*, núm. 23, 2018, p. 13.

significativa a la competencia. Asimismo, se contempla la posibilidad de que la autoridad *antitrust* adopte Comunicaciones para desarrollar esos otros criterios de delimitación del carácter inapreciable de la restricción de la competencia<sup>1164</sup>.

Sin poner en duda la originalidad y utilidad de este precepto, lo cierto es que se ha de reconocer que su tenor literal resulta confuso y perturbador<sup>1165</sup>. En particular, surgen hasta cuatro interrogantes en torno a esta previsión: 1º) ¿Se trata de una norma de Derecho material o, por el contrario, tan solo faculta a la autoridad *antitrust* a no perseguir ciertas conductas según su discrecionalidad?; 2º) ¿La CNMC es la única que puede declarar una conducta *de minimis* merced a su contexto jurídico y económico o también sería posible que los jueces y las AAC hiciesen esa valoración?; 3º) ¿Si cambiase el contexto jurídico y económico sería factible que la CNMC volviese a examinar el asunto? y; 4º) ¿Qué quiere decir el legislador al hablar del contexto jurídico y económico?.

*1º) Simple habilitación a favor de la CNMC o norma de Derecho material.* - En lo que atañe a una cuestión tan elemental, realmente no existe consenso. Para algunos autores no cabe duda de que el art. 3 RDC se trata de una mera discrecionalidad con la que cuenta la autoridad *antitrust*. Otros, sin embargo, entienden que consiste en otro criterio sustantivo en virtud del cual una conducta puede ser considerada de menor importancia, más allá de las cuotas de mercado o del tipo de restricción<sup>1166</sup>.

Desde el primer punto de vista, esto es, considerando que el art. 3 RDC recoge una simple habilitación a favor de la CNMC, la función del precepto sería que la autoridad *antitrust* tuviese la opción de exceptuar de la prohibición aquellos acuerdos que, sin quedar subsumidos en el art. 2 RDC y no encajando en los umbrales del art. 1 RDC, resultan poco relevantes o insignificantes a ojos de la CNMC, quien decide no perseguirlos por su mera voluntad<sup>1167</sup>.

<sup>1164</sup> El precepto habla de la ANC, aunque para PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., pp. 99-100 también cabe la posibilidad de que las AAC dicten comunicaciones en materia *de minimis*.

<sup>1165</sup> Para PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed. cit., p. 523 es un precepto que resulta útil para aplicar algunos criterios empleados por el vetusto TDC en relación con la LDC/89, tales como la extensión en el tiempo y en el espacio.

<sup>1166</sup> Para PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 87 el art. 3 RDC se trata de una mera discrecionalidad con la que cuenta la ANC y las AAC, mientras que para PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed. cit., pp. 535-542 y BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Derecho de la competencia...”, cit., pp. 666-667 consiste en otro criterio *sustantivo* en virtud del cual una conducta puede ser considerada de menor importancia más allá de las cuotas de mercado o del tipo de restricción.

<sup>1167</sup> TRONCOSO REIGADA, M y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *Competition law...*, cit., p. 32. Según PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 84, sin embargo, el art. 2 RDC es un límite a la facultad discrecional de la ANC y las AAC. No se ha considerado así en la RCNC de 3 de diciembre de 2009, *El Corral de las Flamencas* (Expte. 105/08).

Desde el otro prisma, es decir, concibiendo el art. 3 RDC como una auténtica norma de Derecho sustantivo, la posibilidad de que una conducta sea reputada de menor importancia no se hace depender de la mera discrecionalidad de la CNMC. Antes bien, se considera que el contexto jurídico y económico es otro criterio más, junto a la cuota de mercado, merced al cual se puede concluir que una conducta no afecta de forma sensible a la competencia<sup>1168</sup>. En este caso, no se trata realmente de una conducta subsumible en los arts. 1 a 3 LDC, ya que el bien jurídico protegido no se ve dañado ni puesto en peligro en un grado mínimo que justifique la aplicación del Derecho *antitrust*.

La cuestión es ciertamente delicada. No en vano, existen argumentos a favor de ambas tesis. Por un lado, la literalidad del propio precepto (pues dice “*podrá declarar no aplicables*”) parece apuntar en la dirección de que nos encontramos ante una simple habilitación a favor de la CNMC. Este precepto se presentaría así como una reminiscencia del régimen de la menor importancia de la LDC/89, el cual estaba fuertemente inspirado por el sistema alemán (esto es, por entender que las conductas *de minimis* son ilícitas, pero exentas si así lo decide la autoridad competente).

Ahora bien, por otro lado, el art. 5 LDC advierte que los criterios para delimitar la menor importancia (entendiendo ésta como un requisito de afectación sensible a la competencia inserto en el propio tipo) son varios, y no solamente la cuota de mercado. Además, dado que el art. 3 RDC es el único precepto en virtud del cual se puede declarar que una conducta de los arts. 2 y 3 LDC no afecta de forma sensible a la competencia, parece poco probable que sea una simple habilitación a favor de la ANC<sup>1169</sup>.

A nuestro juicio, aún a riesgo de estar equivocados, lo más adecuado es considerar que el art. 3 RDC alberga una auténtica norma sustantiva. Aunque la redacción del precepto no es la más acertada, tampoco podemos obviar que en el ordenamiento comunitario los criterios empleados para determinar cuándo una conducta afecta tan solo de una manera inapreciable a la competencia son mixtos, esto es, cuantitativos y cualitativos.

Además, si la doctrina *de minimis* se ubica en la propia tipicidad y responde al principio de lesividad en relación con el bien jurídico protegido, tal como hemos defendido en la primera parte de este trabajo, la valoración de la capacidad de

<sup>1168</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 535-542 y BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Derecho de la competencia...”, cit., pp. 666-667.

<sup>1169</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 514-542; BAENA, R., “Prohibición del abuso...”, cit., p. 436; ALLENDESALAZAR CORCHO, R y VALLINA ÁLVAREZ, R., “Artículo 2...”, cit., pp. 205-206; CAMPO FANLO, C., “Tratamiento...”, cit., pp. 246-247 y ARMIJO CHÁVARRI, E., “Actos de competencia desleal...”, cit., p. 222.

afectación sensible de la competencia imputable a un determinado comportamiento no puede descansar, exclusivamente, en la discrecionalidad de la CNMC.

2º) *La facultad de los jueces y de las AAC para conocer de esas “otras conductas de menor importancia”*.- Hay quien considera que los jueces no están facultados para analizar el contexto jurídico y económico de una conducta con el propósito de declarar que ésta es inapreciable para la competencia<sup>1170</sup>. La razón es, sencillamente, que el precepto no habla de los jueces, sino tan solo de la CNMC. Sin embargo, no faltan al mismo tiempo voces que consideran (a nuestro juicio, acertadamente) que los jueces están capacitados para realizar dicha valoración<sup>1171</sup>.

Paradójicamente, quien ha esgrimido que los jueces no están capacitados para aplicar el art. 3 RDC porque dicho precepto solo alude a la CNMC, considera a su vez que las AAC sí que podrían aplicar dicho precepto, aunque no se aluda a ellas en el tenor literal de la norma<sup>1172</sup>. No obstante, si optamos por una interpretación formalista y rigurosa del precepto, únicamente la ANC sería quien contaría con habilitación legal para realizar dicho examen.

En nuestra opinión, el art. 3 RDC ha de interpretarse en el sentido de que los jueces y las AAC también pueden aplicar el art. 3 RDC. Esto tiene, *grosso modo*, tres implicaciones:

En primer lugar, la valoración positiva que realice la CNMC del contexto jurídico y económico como criterio determinante del carácter *de minimis* de una conducta, está sujeta al control de los órganos jurisdiccionales. Los jueces deben valorar que el razonamiento en virtud del cual se llega a la conclusión de que la conducta es inapreciable para la competencia no es arbitrario o manifiestamente contrario a la práctica anterior de la ANC. Defender lo contrario otorgaría a la Administración una discrecionalidad tan amplia que merecería categorizarse en toda regla de arbitrariedad.

En segundo lugar, cabe destacar que los jueces también están capacitados para controlar la valoración negativa del contexto jurídico y económico como factor que determina el carácter inapreciable de una restricción concurrencial. La razón es fácil de entender. Si la restricción sensible de la competencia es un elemento del tipo, esto es, un requisito más exigido por la propia norma, los jueces son los responsables últimos de su interpretación. El hecho de que la ANC considere que una conducta no debe ser

<sup>1170</sup> PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 89.

<sup>1171</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 530-531 y BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Derecho de la competencia...”, cit, pp. 666-667.

<sup>1172</sup> PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 89.



considerada *de minimis*, no impide que los órganos jurisdiccionales puedan tener en cuenta los argumentos esgrimidos por los particulares en un hipotético recurso contra una resolución de la Administración y, sobre la base de ellos, fallar que el comportamiento no afecta de forma significativa o apreciable a la competencia.

Por último, creemos que las AAC, al igual que la CNMC, pueden tomar en consideración el art. 3 RDC a la hora de dar solución a un caso concreto. A priori, no hay ningún motivo, más allá de una interpretación literal de la norma, que nos indique otra dirección. De hecho, si admitimos que los jueces están capacitados para controlar el juicio que realice la Administración nacional o autonómica, el temor a que las AAC apliquen el art. 3 RDC es infundado.

No obstante, a nuestro juicio, lo anterior no implica que las AAC estén facultadas para dictar Comunicaciones *de minimis*<sup>1173</sup>. Por el contrario, esta posibilidad recae solamente en la CNMC. Resulta contraproducente que en un ordenamiento exista una Comunicación *de minimis* comunitaria, otra nacional y hasta diecisiete autonómicas, cada una con sus propios matices y particularidades. Las AAC ya cuentan con la guía ofrecida por la CE y la práctica de la CNMC para poder realizar sus propias valoraciones, de modo que es innecesario que cada CCAA cuente con su propia Comunicación de menor importancia. De no ser así, la unidad del mercado español se vería gravemente afectada.

3º) *Si se declara que una conducta es insignificante para la competencia merced a su contexto jurídico y económico, no puede alegarse que el contexto cambió para volver a juzgar esa misma conducta.*- Hay quien considera que, si las circunstancias cambian, la CNMC podría volver a iniciar procedimiento contra una práctica que en el pasado fue declarada *de minimis* merced a su contexto jurídico y económico<sup>1174</sup>. Esto, a nuestro juicio, es inadmisibles.

Como el TJUE ha declarado en numerosas ocasiones, una práctica no puede ser enjuiciada en abstracto sino conforme a su contexto jurídico y económico<sup>1175</sup>. De modo que práctica anticompetitiva y contexto son conceptos indisociables. Por ejemplo, imaginemos que una cláusula de no competencia de 7 años se considera *de minimis* porque las partes que la suscriben tienen una posición insignificante en el mercado relevante, caracterizado por una fuerte atomización. Aunque más tarde la posición de las empresas o la estructura del mercado cambien de forma sustancial, esa misma cláusula no podrá ser reputada prohibida *ex art. 1 LDC* si ya fue considerada *de*

<sup>1173</sup> Sí considera esta posibilidad *ibídem*, pp. 99-100.

<sup>1174</sup> *Ibídem*, p. 87.

<sup>1175</sup> Por todas, SSTJUE de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (asunto C-67/13) y de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (asunto C-228/18).

*minimis* cuando inicialmente se analizó. La noción más elemental de seguridad jurídica así lo sugiere. En cambio, sí que podrá prohibirse *otra cláusula* por periodo de 7 años inserta en un contrato posterior si cuando se suscribió éste el contexto era muy diferente del original.

4º) *La referencia al contexto jurídico y económico ha de entenderse como designación del conjunto de circunstancias dignas de consideración en el caso concreto y que van más allá de la cuota de mercado y del tipo de restricción.*- Aunque es cierto que la noción de contexto jurídico y económico es ampliamente empleada en el Derecho *antitrust*, lo correcto es concebir estos términos de manera flexible en su aplicación de la doctrina *de minimis*<sup>1176</sup>.

Como se comprobó en la primera parte de este trabajo, el contexto jurídico y económico determina la segunda fase que se lleva a cabo en la subsunción de una conducta en la noción de restricción por el objeto. Sin embargo, en el art. 3 RDC el legislador nacional no está pensando exactamente en esto, sino que es la fórmula que utiliza para concretar los criterios diferentes a la cuota de mercado a los que alude el art. 5 LDC<sup>1177</sup>.

Si el legislador español empleó esta expresión es porque supo ver que el contexto jurídico y económico tiene relevancia en la doctrina *de minimis* (y así es, en lo que concierne a las restricciones por el objeto). Así, se decantó por una expresión conocida y popular en el ámbito *antitrust*, pero que a su vez consiste en un concepto jurídicamente indeterminado. De ahí que deba interpretarse que cuando se alude al contexto jurídico y económico se hace referencia a todos los criterios relacionados con éste, tales como la estructura del mercado, la posición de los competidores, la duración y cobertura de la práctica, los bienes y servicios afectados, posibles barreras de entrada de origen legal, etc<sup>1178</sup>.

La incorporación legal de tales criterios en la determinación de los términos restricción apreciable o significativa de la competencia no es desconocida en el Derecho comparado. Antes bien, la legislación *antitrust* de Malta es buen ejemplo de ello, en la medida en que establece que “para determinar si el efecto de una restricción

<sup>1176</sup> Señalan BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Derecho de la competencia...”, cit., pp. 666-667 que la función de los términos “contexto jurídico y económico” del art. 3 RDC es precisamente dotar a la ANC de mayor flexibilidad en el ejercicio de sus funciones.

<sup>1177</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5...”, 6ª ed, cit., pp. 535-542.

<sup>1178</sup> De hecho, GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 125-126 afirman que que el test de la apreciabilidad se apoya en varios elementos, siendo estos la naturaleza de los bienes y servicios afectados, la duración del acuerdo, el poder de mercado y el contexto jurídico y económico.



es apreciable o no, se deben tomar en consideración todas las circunstancias relevantes”<sup>1179</sup>.

La mayor parte de las conclusiones hasta aquí esbozadas se corroboran si se atiende a la primera resolución en la que la ANC ha aplicado el art. 3 RDC. Nos referimos al caso conocido como *El Corral de las Flamencas*<sup>1180</sup>. No en vano, en él la se considera que una fijación de precios de reventa no tiene capacidad para afectar de forma significativa o sensible a la competencia.

Aunque la fijación de un precio de reventa es una práctica vertical excluida de la regla *de minimis* según el art. 2.2.a) RDC. Sin embargo, la ANC advierte en este caso (a nuestro juicio, correctamente), que “*su exclusión de la regla de minimis (...) no impide su análisis individual para verificar la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia*”<sup>1181</sup>. En palabras empleadas a lo largo de este trabajo cabría afirmar que la exclusión de la salvaguarda en términos de cuota de mercado (regla *de minimis*) no implica necesariamente que la conducta afecte de forma sensible a la competencia, tal como exigen los arts. 1 y 5 LDC. Antes bien, la doctrina *de minimis*, criterio hermenéutico en virtud del cual una restricción inapreciable o insignificante no es una verdadera restricción de la competencia, aún ha de ser tenida en cuenta.

Dado que el art. 3 RDC permite la toma en consideración de otros elementos diferentes a los fijados en los arts. 1 y 2 RDC, la ANC afirma que la conducta analizada no es apta para afectar de manera significativa a la competencia. Para llegar a esta conclusión toma en consideración las características del sector textil (estructura del mercado), la posición del distribuidor (ínfima, de un 0,02%), el escaso impacto de la imposición de precios sobre la competencia intermarca e intramarca y el hecho de que no existen indicios de redes paralelas de acuerdos de fijación de precios de reventa de prendas textiles.

En nuestra opinión, no ha de entenderse que la ANC decidió en este caso no sancionar una conducta que, en puridad, estaba cubierta por la prohibición del art. 1 LDC. No se trata de una cuestión de discrecionalidad de la Administración sancionadora. Rectamente entendidos los arts. 1 y 5 LDC, la ANC solo constató que la práctica enjuiciada era inocua para el mercado relevante, por insignificante e

<sup>1179</sup> Traducción propia del texto original en inglés “*in determining whether such impact is or is not minimal, consideration shall be given to all relevant circumstances...*”. Vid art. 6.2 de la Ley de Defensa de la Competencia maltesa, de 23 de diciembre de 1994.

<sup>1180</sup> RCNC de 3 de diciembre de 2009, *El Corral de las Flamencas* (Expte. 105/08).

<sup>1181</sup> *Ibidem*, apdo. 3º. En contra, PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas...”, cit., p. 80.

inapreciable. De ahí que no haya conducta prohibida para el Derecho *antitrust*. Se trata, por tanto, de una cuestión de lesión al bien jurídico protegido.

La conclusión alcanzada por la ANC en este asunto nos parece intachable. El Consejo aplica la doctrina *de minimis* meticulosamente, como era de esperar, dado que formaban parte de él algunas de las voces que más han estudiado las conductas de menor importancia y el efecto inapreciable sobre la competencia. Sin embargo, si la actuación de la ANC hubiese sido cuestionable o controvertida, nada hubiese impedido que los órganos jurisdiccionales controlasen la aplicación que realiza del art. 3 RDC, en la medida en que, al fin y al cabo, se concreta en el caso particular un elemento del tipo, esto es, la restricción de la competencia.

En conclusión, desde nuestro punto de vista, ha de valorarse muy positivamente el art. 3 RDC. Se trata de un precepto que resalta la relación entre el carácter apreciable de la restricción concurrencial y el contexto jurídico y económico, lo cual no era evidente cuando se dictó la LDC. Y además, reconoce una concepción mixta de la doctrina *de minimis*, conformada por criterios cuantitativos y cualitativos, la cual posibilita que la CNMC goce de cierta flexibilidad en sus valoraciones. Es una norma que supone una originalidad dentro de la experiencia comparada de la que podemos estar orgullosos.

Sin perjuicio de lo anterior, el precepto al que nos referimos puede ser objeto de dos críticas de cierto calado. Por un lado, el lenguaje empleado en el art. 3 RDC parece una reminiscencia del pasado, cuando las conductas de menor importancia se consideraban ilícitas pero no perseguibles. Solo así se explica que el precepto afirme que la CNMC “podrá declarar no aplicables los arts. 1 a 3 LDC”. Por otro, la alusión al contexto jurídico y económico no resulta procedente. Éste es la herramienta en virtud de la cual tiene cabida la teoría de la apreciabilidad en las restricciones por el objeto. La realidad a la que se quiere referir el art. 3 RDC es ese *conjunto* de circunstancias más allá de la cuota de mercado y del tipo de restricción que pueden poner de manifiesto que una conducta no es capaz de afectar de forma sensible a la competencia.

Lo hasta aquí expresado explica que nos atrevemos a proponer una reformulación del precepto que, sin desatender a sus virtudes, trate de solventar las críticas señaladas. Nuestra propuesta es la siguiente:

## **Artículo 2. Acuerdos de menor importancia atendiendo a otros criterios**

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán de menor importancia aquellos acuerdos restrictivos de la competencia por sus efectos

que, en virtud del examen *conjunto* de todas las circunstancias relevantes, no sean capaces de afectar de forma significativa a la competencia.

2. Entre otras, se debe atender conjuntamente a las siguientes circunstancias<sup>1182</sup>:

- a. La implementación efectiva de la práctica en el mercado o su extensión en el tiempo<sup>1183</sup>.
- b. La extensión geográfica<sup>1184</sup>.
- c. La naturaleza de los bienes y servicios afectados<sup>1185</sup>.
- d. La estructura del mercado relevante afectado<sup>1186</sup>.
- e. El tamaño y poder de mercado de las empresas implicadas<sup>1187</sup>.
- f. El contexto jurídico<sup>1188</sup>.

<sup>1182</sup> Las circunstancias señaladas han sido puestas de relieve, de manera más o menos clara, por GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., pp. 125-126.

<sup>1183</sup> Lo cual puede ser un factor que determine el carácter *de minimis* si la duración es corta, pero también un elemento que impida dicha calificación si el periodo de implementación es prolongado. *Vid* RCNC de 18 de mayo de 2009, *Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias* (Expte. 74/08); RCNMC de 23 de enero de 2014, *Especialidades Farmacéuticas Genéricas* (Expte. 437/12) y Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 24 de noviembre de 2009, *Horarios Comerciales* (Expte. 11/2009). Así ocurre, de hecho, en el ordenamiento jurídico italiano, *vid* FATTORI, P y TODINO, M., *La disciplina...*, cit., p. 92; GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 125 y TOFFOLETO *et al.*, *Competition law...*, cit., p. 66 en relación con la Decisión de la ANC italiana de 19 de julio de 2001, *Unione petrolífera/ Piano di razionalizzazione* (Núm. 29/2001). Al margen del ordenamiento italiano, existe doctrina que ha defendido este criterio, por todos: SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell...*, cit., p. 85.

<sup>1184</sup> RTDC de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98) y Resolución de la Autoridad Gallega de la Competencia de 3 de mayo de 2019, *Autotaxi A Coruña* (Expte. 2/2019).

<sup>1185</sup> RCNC de 24 de febrero de 2012, *Iberdrola Sur* (Expte. 213/10); Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 14 de enero de 2016, *Transportes Horizontales* (Expte. 2/2014) y Resolución de la Comisión Gallega de la Competencia de 8 de julio de 2020, *Arriva Noroeste S.L* (Expte. 3/2020). Es igualmente un criterio sugerido, entre otros, por GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto...*, cit., p. 125 y SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell...*, cit., p. 88.

<sup>1186</sup> RTDC de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98); RCNC de 3 de diciembre de 2009, *El Corral de las Flamencas* (Expte. 105/08) y Resolución de la Comisión Valenciana de Defensa de la Competencia de 15 de febrero de 2018, *Cacsa* (Expte. 6/2016). Así lo considera también *Ibidem*, p. 125.

<sup>1187</sup> RCNC de 3 de diciembre de 2009, *El Corral de las Flamencas* (Expte. 105/08). Al respecto, cabe destacar que poder de mercado y cuota de mercado no son términos totalmente sinónimos. Es cierto que las cuotas de mercado son una primera indicación útil sobre la estructura y la importancia relativa de las empresas activas en un mercado, pero junto a las cuotas de mercado ha de atenderse a las barreras de entrada y al poder de negociación de la demanda para discernir el verdadero poder de mercado de una empresa. *Vid* BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado...”, cit., pp. 496-499.

<sup>1188</sup> Resolución de la Autoridad Gallega de la Competencia de 5 de agosto de 2009, *Cofradía de Pescadores de Illa de Arousa* (Expte. 5/2008) y RCNC de 24 de febrero de 2012, *Iberdrola Sur* (Expte. 213/10).

### III. TRES ÚLTIMOS INTERROGANTES EN TORNO A LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN SEDE NACIONAL

Para dar por concluido este trabajo, consideramos conveniente abordar unas últimas cuestiones de Derecho interno que revisten gran interés. Nos referimos, en particular, a cómo ha afectado a las conductas *de minimis* la transposición de la Directiva ECN+ al ordenamiento jurídico nacional [*infra*, 1], a si existe o no un efecto apreciable sobre el comercio estatal o autonómico en el Derecho español [*infra*, 2] y; finalmente, a la aplicación del Derecho de la competencia desleal a las conductas de escasa importancia conforme al Derecho *antitrust* [*infra*, 3].

#### 1. ¿La reforma de la LDC con motivo de la transposición de la directiva ECN+ altera el régimen de las conductas de menor importancia *ex art. 5 LDC*?

Las conductas de menor importancia suelen concebirse como un tema clásico del Derecho de la competencia que carece de actualidad. A nuestro juicio, sin embargo, esta idea es del todo precipitada. De hecho, la nueva reforma del art. 49 LDC auspiciada por el RD que transpone a nuestro Derecho la directiva ECN+ ha afectado de lleno a nuestro objeto de estudio<sup>1189</sup>.

Conforme a la literalidad del recién incorporado apdo 4º del precepto citado, la Dirección de Competencia, en caso de denuncia, “podrá acordar no iniciar actuaciones por considerar que la investigación de los hechos que se contemplan en la misma *no constituye una prioridad*”. Con la finalidad de aclarar cuándo las denuncias no se consideran prioritarias, dicha norma advierte que se puede apreciar que no lo son aquellas referidas a “conductas *ilícitas* cuyo alcance potencial sea limitado o el *daño* potencial que pueden conllevar para el consumidor o para la *competitividad* de los mercados de factores productivos, bienes o servicios sea *escaso*”<sup>1190</sup>.

No es difícil percatarse de que el novedoso art. 49.4 LDC hace alusión a conductas que presentan un daño escaso para la competitividad o los consumidores. El problema reside en que esta norma las concibe como prácticas *ilícitas*. Esto, a priori, confuta las tesis sostenidas en este trabajo, particularmente aquella que reputa los comportamientos *de minimis* como lícitos.

<sup>1189</sup> RD 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la UE en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2021).

<sup>1190</sup> Énfasis añadido.

En consecuencia, parece que solo hay dos alternativas para tratar de solventar esta cuestión: 1<sup>a</sup>) de una parte, reformular todo lo expuesto hasta ahora partiendo de la premisa de la licitud de las conductas de menor importancia; y 2<sup>a</sup>) de otra, criticar enérgicamente la reforma y solicitar al legislador que reconsidere el empleo de la palabra “ilícitas” en el art. 49.4 LDC, por contradicción manifiesta con el art. 5 LDC.

En honor a la verdad, hemos de reconocer que la segunda opción nos pareció tentadora cuando leímos por primera vez el precepto citado. No en vano, la aceptación de la ilicitud de las conductas *de minimis* se opone al ordenamiento comunitario, a la mayoría de los EEMM de la UE e incluso al propio desarrollo normativo español.

Sin embargo, cierto es que una lectura reflexiva de la normativa *antitrust* española nos hizo cambiar de opinión y abogar por una tercera vía. Y es que, aunque parezca sorprendente, somos de la opinión de que la literalidad de la norma introducida por la transposición de la directiva ECN+ no se opone al régimen sustantivo de las conductas de menor importancia tal como ha sido concretado en las páginas precedentes.

Para desarrollar esta idea, hablaremos del art. 49 LDC en dos etapas: la anterior a la reforma de 2021, en la que el precepto únicamente contaba con tres apartados [*infra*, 1.1]; y la vigente, que trae causa de la entrada en vigor de la transposición de la Directiva ECN+, orientada principalmente a priorizar la investigación de unas denuncias sobre otras, dejando de lado especialmente aquellas que se refieren a conductas ilícitas que presentan un daño potencial escaso para la competitividad y los consumidores [*infra*, 1.2].

### 1.1. El art. 49 LDC previo a la transposición de la Directiva ECN+

Con anterioridad a la transposición de la Directiva ECN+, si una denuncia trataba de una conducta insignificante para la competencia, la ANC para no dedicar su limitado tiempo a dicho asunto contaba únicamente con el art. 49.3 LDC. Dicho precepto, que se mantiene inalterado tras la reforma, constata que “el Consejo de la CNMC (...) podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por esta ley o por los arts. 101 o 102 TFUE y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción”.

En efecto, nada impedía (ni impide) que la CNMC no incoe procedimiento si un análisis preliminar de la afectación de la conducta al mercado relevante pone de manifiesto que ésta es inapreciable o insignificante. Esto es debido a que una conducta *de minimis* no supone infracción alguna, en la medida que es un comportamiento lícito que escapa de las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC. Dicho en otras palabras, la

teoría de la sensibilidad es en este caso el argumento en virtud del cual se considera que la práctica denunciada resulta compatible con la normativa de competencia.

Se estará de acuerdo en que bajo esta hipótesis el archivo de la denuncia no obedece a razones de discrecionalidad, sino a una valoración jurídica susceptible de revisión. En efecto, se discute sobre un auténtico elemento del tipo como es la noción de restricción de la competencia. Así ocurre también en el caso de una denuncia por abuso de posición de dominio donde la empresa denunciada no ostenta dicha posición o en otra por realización de prácticas colusorias en la cual no existe ningún acuerdo. En todos estos casos el órgano jurisdiccional puede controlar que la *valoración jurídica* efectuada por la Administración haya sido correcta.

Asimismo, cabe señalar que el hecho de que la CNMC pueda declarar en sus resoluciones que existe una conducta que, por su escasa importancia, no es capaz de afectar de manera significativa a la competencia (arts. 53.1. b) LDC y 38.2 RDC), no imposibilita que dicha declaración se realice *con carácter previo* a la resolución<sup>1191</sup>. En ese proceder, además, no hay propiamente discrecionalidad de la Administración. Por el contrario, según la mejor doctrina administrativista, en este supuesto nos encontramos ante una “sensata valoración inicial de los hechos, de su calificación jurídica y de las posibilidades de éxito de un eventual procedimiento administrativo”<sup>1192</sup>.

Al respecto, resulta de interés la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2011, relativa a un asunto en el que la autoridad *antitrust* decidió “no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas (...) por considerar que en los hechos que se denuncian no se aprecian indicios de infracción”<sup>1193</sup>.

En dicha ocasión el Abogado del Estado alegó que iniciar un expediente sancionador es una potestad que exclusivamente corresponde a la Administración y que no puede ser objeto de control jurisdiccional. La Audiencia Nacional, empero, discrepó (a nuestro juicio, acertadamente) con esta idea.

A los ojos del órgano jurisdiccional, la resolución objeto de recurso *no archivó la denuncia en el ejercicio de la discrecionalidad* con la que cuenta la ANC para iniciar el expediente sancionador cuando lo considere oportuno por razones de organización. En cambio, lo hacía sobre la base de un *análisis jurídico* que concluye que el comportamiento enjuiciado no incumple la normativa de competencia. Y

<sup>1191</sup> REBOLLO PUIG, M., “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, en AA. VV (dirs. GUILLÉN CARAMÉS, J y CUERDO MIR, M), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Madrid, Civitas, 2015, p. 423.

<sup>1192</sup> *Ibidem*, pp. 416-417.

<sup>1193</sup> SAN de 13 de junio de 2011 (rec. 450/2009).

cuando se archiva la denuncia no por razones de discrecionalidad, sino por compatibilidad de la conducta con la normativa *antitrust*, el derecho de acceso a los Tribunales obliga a que la valoración jurídica sea revisada.

En suma, cuando hablamos de conductas de menor importancia *ex art. 5 LDC* la ANC puede no incoar procedimiento y archivar actuaciones porque ello indicaría que no hay infracción (art. 49.3 LDC)<sup>1194</sup>. De modo que estamos ante un supuesto en el que la Administración cree *icto oculi* que la conducta es una “bagatela” (exclusión de la tipicidad conforme al criterio de la insignificancia) sin lesión al bien jurídico protegido por la normativa de competencia (exclusión de la antijuricidad material)<sup>1195</sup>.

### 1.2. El apartado cuarto del art. 49 LDC vigente

Ahora bien, sin negar lo anterior (y sin desconocer que las conductas de menor importancia de las que habla el art. 5 LDC son comportamientos lícitos), no debe negarse que resulta conveniente que la CNMC pueda priorizar unos asuntos sobre otros. Dicho de otro modo, ha de gozar de cierta discrecionalidad en la investigación de las conductas denunciadas. Esto permite destinar sus recursos escasos a aquellos comportamientos que resulten más lesivos para el bien jurídico protegido. Lo contrario, de hecho, supone que la actuación de la CNMC sea determinada por los particulares a través de sus denuncias, y no por la Administración independiente que ostenta la función principal de velar y proteger la libre competencia.

Cierto es, empero, que una norma que categóricamente establece que ante una conducta la Administración sancionará o no según lo vea conveniente para los intereses generales en el caso concreto resulta contraria al art. 25.1 de la Constitución española. Efectivamente, el principio de tipicidad excluye la existencia de una potestad sancionadora de ejercicio completamente discrecional<sup>1196</sup>. Hay incluso quien ha afirmado expresivamente que la discrecionalidad se ha visto como lo opuesto a las sanciones<sup>1197</sup>. Por este motivo solo se puede introducir un criterio de oportunidad con justificación racional suficiente y en la dosis adecuada para lograr los resultados positivos buscados<sup>1198</sup>.

<sup>1194</sup> Ejemplo indiscutible de esto son la RRCNC de 19 de febrero de 2010, *DISA Canarias* (Expte. 2575/04), de 29 de septiembre de 2008, *AGIP España* (Expte. 2739/06) y de 23 de septiembre de 2008, *TOTAL* (Expte. 2740/06), esta última avalada por STS de 27 de mayo de 2013 (rec. 1627/2010), donde la ANC llega a declarar que la conducta es *de minimis*.

<sup>1195</sup> REBOLLO PUIG, M., “Control judicial...”, cit., p. 416.

<sup>1196</sup> *Ibidem*, p. 415.

<sup>1197</sup> HUERGO LARA, A., *Las sanciones...*, cit., p. 247.

<sup>1198</sup> REBOLLO PUIG, M., “Control judicial...”, cit., p. 418.

En este sentido, conviene traer a colación la STS de 26 de junio de 2007<sup>1199</sup>. Según los antecedentes del caso, la ANC había declarado que existía una infracción y, pese a ello, decidió no sancionar merced al lenguaje empleado por la normativa de competencia, en la que se dice que la Administración “podrá” sancionar, no que deba sancionar. Si bien es cierto que el TS no se llega a pronunciar sobre la cuestión debido a que se les niega a los recurrentes la legitimación activa, cabe destacar que dos magistrados emiten votos particulares que, tras aceptar la legitimación de los recurrentes, entienden que el órgano administrativo no goza de libertad para no sancionar<sup>1200</sup>. De su argumentación, resulta relevante lo siguiente:

“El carácter eminentemente corrector que corresponde al TDC en relación con las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de su Ley reguladora permite afirmar que *sólo excepcionalmente y por motivos muy específicos* podrá excluirse la sanción a los actos definidos como infracciones en tales preceptos”<sup>1201</sup>.

De estas palabras se deduce fácilmente que si bien no se niega la discrecionalidad, ésta se admite únicamente como excepción y por motivos específicos. Lo que ha venido a llamarse por la doctrina administrativista “oportunidad reglada”, esto es, una discrecionalidad limitada por sus causas justificativas, por su forma y por su ámbito<sup>1202</sup>.

En la primera parte de este trabajo hicimos alusión al art. 14 de la Directiva ECN+ interpretado conforme al Considerando 47º de dicho texto normativo<sup>1203</sup>. En él, recordemos, se aborda el asunto de la proporcionalidad en las multas impuestas por las ANC y no, desde luego, las conductas de menor importancia. No obstante, afirmamos que la idea detrás de dicho Considerando no es otra que la valoración de la gravedad de la infracción concurrencial, esto es, *determinar qué grado de daño o peligro ha sufrido el bien jurídico protegido* por la norma. En consecuencia, consideramos que los criterios señalados eran útiles para determinar tanto la gravedad de la infracción como una insignificancia tal que no concurriese daño o peligro apreciable alguno, en cuyo caso no habría realmente una infracción, sino que nos encontraríamos ante una conducta *de minimis*.

A la vista de lo que acaba de indicarse, el art. 49.4 LDC debe interpretarse como una concesión legal a la CNMC de cierto grado de discrecionalidad. No en vano, este precepto le faculta para no perseguir aquellas conductas que, pese a ser realmente

<sup>1199</sup> STS de 26 de junio de 2007 (rec. 9763/2004).

<sup>1200</sup> Los votos particulares fueron emitidos por los magistrados D. EDUARDO CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA y D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1201</sup> Voto particular del magistrado D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ a la STS de 26 de junio de 2007 (rec. 9763/2004). Énfasis añadido.

<sup>1202</sup> REBOLLO PUIG, M., “Control judicial...”, cit., p. 426.

<sup>1203</sup> Directiva (UE) núm. 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los EEMM de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (DOUE L-11/3).



ilícitas (porque dañan o ponen en peligro el bien jurídico protegido) no revisten un interés suficiente según sus prioridades. Sigue una lógica, indiscutiblemente, conforme al principio de oportunidad<sup>1204</sup>.

Sin embargo, en esta habilitación (que no puede carecer de justificación, puesto que de ser así sería inconstitucional) se ha optado por recurrir a la teoría de la apreciabilidad. No es de extrañar, puesto que como mantuvimos en la primera parte de este trabajo, el elemento de lo sensible se encuentra omnipresente en el Derecho *antitrust*<sup>1205</sup>.

Pero no por ello deben confundirse los arts. 5 y 49.4 LDC. El primero es un elemento (implícito o explícito) del tipo de las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC. El segundo, en cambio, es una mera atribución de cierto margen de discrecionalidad que por definición solo puede existir en relación con conductas ilícitas (puesto que de ser lícitas, ya se dispone del art. 49.3 LDC).

Esta diferencia no es baladí. En el caso de una conducta *de minimis ex.* art. 5 LDC la no incoación y el archivo supondrían en sede judicial una revisión de una valoración jurídica. El ejercicio de la “oportunidad reglada” con la que cuenta la CNMC, en cambio, implicaría que los Tribunales supervisen que se hayan respetado todos los límites generales de la discrecionalidad<sup>1206</sup>.

De este modo, el art. 5 LDC es la genuina doctrina *de minimis* que tiene su origen en el asunto *Völk* y el art. 49.4 LDC, una especie de regla *Automec*<sup>1207</sup>. De hecho, esta última coincide con el apdo introducido por el RD que transpone la Directiva ECN+ en algunos extremos:

1º) *El art. 49.4 LDC y la regla Automec siguen un criterio de oportunidad.* En contraposición con las genuinas conductas de menor importancia, que atienden al principio de tipicidad, el precepto señalado y la regla comunitaria simplemente suponen el reconocimiento de que la CNMC cuenta con capacidad para determinar con cierta libertad sus actuaciones. Esto significa que la Administración goza de un margen de discrecionalidad para priorizar unos casos sobre otros.

2º) *Para aplicar ese criterio de oportunidad no requieren que la conducta sea lícita.* En efecto, en el asunto *Automec* la CE no entró a valorar el sistema de

<sup>1204</sup> Esto es, que la iniciación del procedimiento sancionador sea discrecional y que una vez iniciado, el órgano competente para perseguir la infracción puede suspenderlo cuando lo estime oportuno. Vid HUERGO LARA, A., *Las sanciones...*, cit., pp. 69-70.

<sup>1205</sup> *Supra*, 1ª Parte, VI.

<sup>1206</sup> REBOLLO PUIG, M., “Control judicial...”, cit., p. 426.

<sup>1207</sup> En este sentido, no es de extrañar que la doctrina *de minimis* auxilie a la autoridad *antitrust* en el ejercicio de su discrecionalidad. Así lo defendimos en la primera parte de este trabajo [*supra*, 1ª Parte, I, 2.2].

distribución de *BMW Italia*, precisamente, porque éste ya estaba siendo estudiado en dicho país. Eso no impidió que el TJUE considerase correcta la forma de proceder de la CE, aunque existiese la posibilidad de que la conducta fuese ilícita. Del mismo modo, resulta indudable que el art. 49.4 LDC permite a la CNMC no perseguir ciertas conductas a pesar de que sean ilícitas.

3º) Tanto la regla *Automec* como el art. 49.4 LDC son Derecho adjetivo. Las genuinas conductas de menor importancia forman parte del Derecho sustantivo, en la medida en que emergen de un elemento del tipo como es la restricción de la competencia. En cambio, el precepto señalado y la regla comunitaria apuntada son Derecho instrumental ligado al procedimiento administrativo, en particular, al inicio.

No obstante, cierto es que también cuentan con diferencias que suscitan serias dudas acerca de la idoneidad de la reforma comentada. *Grosso modo*, nos referimos a las dos siguientes:

1ª) *El parámetro de valoración en un caso y otro es distinto*. Como ya se expuso en la primera parte del trabajo, el parámetro que determina cuándo una conducta queda amparada por la regla *Automec* es el interés comunitario<sup>1208</sup>. En cambio, en el art. 49.4 LDC es el escaso daño o peligro para los consumidores y la competitividad. Al respecto, no debe causar sorpresa ni extrañeza que el legislador español no haya adoptado el mismo parámetro de la regla *Automec*, puesto que el interés comunitario no puede ser un criterio de “oportunidad reglada” en el ordenamiento interno.

Llama la atención que en el art. 49.4 LDC se aluda al daño o peligro para los consumidores y la competitividad y no, sencillamente, a la competencia. Si reparamos en la triada de intereses protegidos por el Derecho de la competencia, pareciera como si el parámetro de valoración de esta discrecionalidad no fuese la competencia, entendiendo por tal el correcto y normal funcionamiento del mercado, sino los intereses de los consumidores y los competidores. Esto tiene más sentido de lo que a simple vista pudiera parecer. Mientras que el daño o puesta en peligro de la competencia concierne al bien jurídico protegido y, por tanto, entronca con la tipicidad (determina si hay o no infracción), el escaso daño a los consumidores o a la *capacidad* de competir de los competidores podría justificar que la ANC no pierda su tiempo y recursos en una conducta que, lícita o ilícita, presenta escaso interés desde el punto de vista de la Administración pública conforme la triada de intereses protegidos (motiva que la CNMC no persiga).

2ª) *A priori, una conducta no perseguida en sede comunitaria puede serlo en sede nacional, pero un comportamiento no perseguido en sede nacional, no puede serlo en un orden inferior*. Cabe preguntarse así si quizás el legislador español ha

---

<sup>1208</sup> *Supra*, 1ª Parte, I, 2.2.

tratado de relegar ciertos comportamientos *antitrust* a las AAC o al orden civil (competencia desleal)<sup>1209</sup>. Y es que, en principio, en el orden autonómico no gozan de la misma discrecionalidad con la que cuenta la CNMC, puesto que el art. 49.4 LDC omite cualquier referencia a las AAC<sup>1210</sup>. No obstante, es razonable pensar que si la ANC decide archivar la denuncia, la conducta denunciada debe quedar libre de sanción<sup>1211</sup>.

En suma, es ostensible que esta nueva regulación tiene ventajas e inconvenientes. El lado positivo es que la ANC cuenta con mayor flexibilidad para definir sus prioridades y dirigir sus actuaciones maximizando el interés general. Pero en contrapartida, no es menos cierto que en la práctica es probable que la CNMC acuda a la vía del art. 49.4 LDC como regla general y que se acabe desdibujando las fronteras entre la atribución legal de cierta discrecionalidad y la dimensión de efectos que concreta la noción imprecisa de restricción de la competencia (esto es, la afectación sensible o apreciable de la competencia). Desafortunadamente, ello contribuirá a que las voces que sostienen la ilicitud de las conductas *de minimis* en España se alcen con más fuerza. De modo que se corre un riesgo cierto de que el debate se enquistase y se amplíe la inseguridad jurídica.

## 2. ¿Existe un efecto apreciable sobre el comercio nacional o autonómico?

Como sabemos, en el ordenamiento comunitario existe, junto al requisito de una afectación sensible o significativa de la competencia, la exigencia de un efecto apreciable sobre el comercio comunitario. Este último, además, resulta aplicable tanto a los acuerdos colusorios por su objeto como al abuso de posición de dominio. De modo que la CE y el TJUE no conocerán de aquellas prácticas que afecten tan solo de una forma inapreciable al comercio entre los EEMM. Se exige, por tanto, una cierta dimensión o relevancia en el mercado único para aplicar los arts. 101 y 102 TFUE, que de no existir obligan a considerar esos comportamientos tan solo en el ámbito nacional de cada socio comunitario.

En consecuencia, surge la pregunta acerca de si se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico un “efecto apreciable sobre el comercio nacional”, esto es, si se requiere un efecto mínimo en el conjunto del mercado español para que la ANC se pueda considerar competente.

<sup>1209</sup> Lo cual pone en valor a las AAC a la vez que relaja la carga de trabajo de la ANC.

<sup>1210</sup> Salvo que se entienda que, merced a la DA 1ª de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las CCAA en materia de Defensa de la Competencia (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002), la referencia del art. 49 LDC a la CNMC deba hacerse extensiva a las AAC.

<sup>1211</sup> De lo contrario la CNMC cuenta con el art. 5.2.b) de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las CCAA en materia de Defensa de la Competencia (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002).

La respuesta a este interrogante ha de ser negativa. La mera existencia de la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las CCAA en materia de Defensa de la Competencia, obliga a que sea insostenible cualquier idea en contrario<sup>1212</sup>. En la medida que las CCAA despliegan sus competencias en aquellos asuntos de relevancia autonómica (pues para aquellos que tienen dimensión nacional está facultada únicamente la CNMC, según el art. 1.3 de la citada Ley) resulta inequívoco que una conducta que circunscribe sus efectos a una sola CCAA puede ser sancionada en nuestro ordenamiento interno.

De mayor interés resulta la cuestión de si se encuentra reconocido un “efecto apreciable sobre el comercio autonómico” en nuestro Derecho de la competencia<sup>1213</sup>. Esto implicaría, en suma, sancionar la conducta investigada únicamente cuando despliegue efectos, al menos, en un ámbito superior al puramente local.

La respuesta a esta segunda pregunta no es tan simple. El art. 1.3 de la Ley 1/2002 asegura que corresponde a las CCAA enjuiciar aquellos casos en los que las conductas potencialmente ilícitas “puedan alterar la libre competencia *en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma*”. De esta manera, pareciera como que las CCAA no están facultadas para sancionar aquellas prácticas que no alcanzan a afectar en un cierto grado a la competencia en dicha región autonómica. Dicho de otro modo, que no pueden perseguir conductas de ámbito local.

A nuestro juicio, sin embargo, esta interpretación es incorrecta, pues supondría introducir un efecto apreciable sobre el comercio donde no la hay. De hecho, en lo que respecta a la restricción de la competencia, es posible que el mercado relevante quede circunscrito a un ámbito local. Ejemplos claros de esto son los casos *Ascensores Málaga* y, sobre todo, *Veterinarios a domicilio*<sup>1214</sup>.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, conviene reparar en que una conducta que cuenta con una extensión geográfica reducida tiene una mayor probabilidad de ser reputada *de minimis ex art. 3 RDC*. De modo que si bien no existe una relación automática entre efecto sensible y ámbito local (es decir, que no se considera siempre y en todo caso que una conducta que afecta al ámbito local es incapaz de afectar de forma apreciable a la competencia), sí que hay una relación directa entre escasa

<sup>1212</sup> Ley que, a su vez, responde a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 (recursos de inconstitucionalidad acumulados 2009/1989 y 2027/1989).

<sup>1213</sup> Pregunta que nos planteamos en otra ocasión pero que dejamos sin respuesta con la promesa de que sería abordada en un futuro. *Vid* GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., “El efecto apreciable sobre el comercio comunitario y el efecto sensible sobre la competencia: Dos reglas antitrust condenadas a entenderse”, *REE*, núm. 75, 2020, pp. 323-333.

<sup>1214</sup> RRTDC de 17 de junio de 1996, *Ascensores Málaga* (Expte. 156/96) y de 9 de febrero de 1998, *Veterinarios a domicilio* (Expte. 368/95).

extensión y escasa importancia (a menor extensión geográfica, mayor probabilidad habrá de que la práctica sea *de minimis* y, a la inversa, a mayor extensión, menor probabilidad)<sup>1215</sup>.

En conclusión, podemos decir que no existe un efecto apreciable sobre el comercio nacional o autonómico. Sin embargo, esto no supone ningún obstáculo a la hora de considerar que una práctica, debido a su escasa extensión geográfica y a otros factores, es insignificante para la competencia. No en vano, en el Derecho interno ni siquiera se plantea el problema de que la doctrina de *de minimis* no resulte de aplicación a las restricciones por el objeto y al abuso de posición de dominio. Antes bien, hemos evidenciado que el art. 3 RDC puede aplicarse a conductas que gozan de una experiencia sólida y fiable sobre su grado suficiente de nocividad<sup>1216</sup>. Y el art. 5 LDC, por su parte, extiende las conductas de menor importancia al abuso de posición de dominio (art. 2 LDC)<sup>1217</sup>. Por esta razón, es innecesario un efecto sobre el comercio nacional o autonómico.

En consecuencia, consideramos injustificada la preocupación que mostró el Libro Blanco acerca de que las conductas de menor importancia fuesen perseguidas por las AAC<sup>1218</sup>. La función de la doctrina de *de minimis* no es repartir competencias entre el Estado y las CCAA<sup>1219</sup>. Una práctica que es incapaz de afectar de forma significativa a la competencia en su mercado relevante (sea éste nacional, autonómico o local) es lícita y no ha de sancionarse por ninguna Administración.

Para una correcta coordinación entre la CNMC y las AAC ya contamos con el reparto competencial que realiza la Ley 1/2002, con el art. 5.2.b) de dicha norma y, desde hace poco, con el novedoso art. 49.4 LDC, en virtud del cual parece razonable que la CNMC decida, según un criterio de oportunidad, que una determinada práctica sea investigada en sede autonómica y no en sede nacional (según el principio romano “*qui potest plus, potest minus*”)<sup>1220</sup>.

<sup>1215</sup> RTDC de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98) y Resolución de la Autoridad Gallega de la Competencia de 3 de mayo de 2019, *Autotaxi A Coruña* (Expte. 2/2019).

<sup>1216</sup> RCNC de 3 de diciembre de 2009, *El Corral de las Flamencas* (Expte. 105/08).

<sup>1217</sup> Debe resaltarse que en la interpretación propuesta de los arts. 2 y 5 LDC conforme a la jurisprudencia del caso *Intel* se ha de atender al conjunto de circunstancias que puedan cuestionar que el abuso formal sea un efectivo abuso en el caso concreto. Entre estas circunstancias se encuentra, precisamente, la cobertura de la práctica. Vid STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel* (asunto C-413/14) y STGUE de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation* (asunto T-286/09, Renv).

<sup>1218</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA., *Libro blanco...*, cit., pp. 53-54.

<sup>1219</sup> En contra, RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia...”, cit., pp. 23-24.

<sup>1220</sup> PARÉS SALAS, A., “*Qui potest plus, potest minus*. O de la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias inferiores al monto único tasado por ley”, *Revista de Derecho Público*, núm. 124, 2010, *passim*.

### 3. ¿Son desleales las conductas de menor importancia?

La unidad del Derecho de la competencia ha sido señalada por autorizadas voces<sup>1221</sup>. Otras, sin embargo, han sostenido que esta idea de unidad es exagerada, si bien han reconocido al menos que entre la LCD y la LDC existe cierta relación de complementariedad<sup>1222</sup>. De cualquier modo, parece que nuestro objeto de estudio ha de atender a una última cuestión: el juicio de deslealtad de las conductas *de minimis*.

Hoy se acepta que el Derecho de la competencia desleal asume como cometido axial la protección (principalmente cualitativa) de la competencia en el mercado, en consonancia con lo cual no solo impone a los destinatarios de sus normas el deber de ser leales con los competidores, sino también con la competencia en su triple dimensión estructural, dinámica e institucional<sup>1223</sup>. La disciplina de la competencia desleal viene así a configurarse como la general del ordenamiento concurrencial, con funciones de cierre de todo el orden jurídico concurrencial<sup>1224</sup>. De ahí que lo *antitrust* (especial), en cuanto que falseador de la libertad de competencia en el mercado, deba de considerarse irremediamente desleal (general) desde la perspectiva valorativa de los comportamientos de mercado que ofrece la LCD<sup>1225</sup>.

Por tanto, la relación entre la LDC y la LCD (en lo que atañe a la regulación de las conductas, esto es, dejando al margen los actos estructurales que dan lugar a concentraciones económicas) sigue el apotegma “*lex specialis derogat generali*”<sup>1226</sup>. La LDC sería la ley especial y la LCD la ley general. Esta conexión puede representarse a través de dos círculos concéntricos, donde el círculo exterior sería la LCD y el interior la LDC. De modo que los supuestos que encajan en la legislación *antitrust* quedan subsumidos a su vez, irremediamente, en la LCD. Así, para los comportamientos a los que resulte de aplicación la LDC se debe aplicar ésta mientras que solo para aquellos otros que no se encuentren dentro del ámbito de la LDC resultará de aplicación la LCD.

<sup>1221</sup> Entre otros, MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, p. 23; MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 68; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia...*, cit., p. 67; TRONCOSO REIGADA, M., “El marco normativo...”, cit., p. 1035 y ss y DE LA VEGA GARCÍA, F., *Responsabilidad civil derivada del ilícito antitrust*, Civitas, Madrid, 2001, p. 98.

<sup>1222</sup> FONT GALÁN, J.I., “Competencia desleal...”, cit., p. 540; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L y CALVO CARAVACA, A.L., “Reflexiones en torno al concepto y funciones del Derecho de la competencia”, *GJUE*, núm. 85, 1993, p. 21; FOLGUERA CRESPO, J., “Relación...”, cit., p. 200 y ZABELETA DÍAZ, M., *La explotación...*, cit., p. 247.

<sup>1223</sup> Sobre estas dimensiones, FONT GALÁN, J.I., *Constitución...*, cit., pp. 32 y ss.

<sup>1224</sup> Preámbulo de la LCD, donde puede leerse que esta Ley “introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores *para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección*”. Énfasis añadido.

<sup>1225</sup> Por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de...*, cit., pp. 362-364; FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., p. 26 y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia...*, cit., pp. 74 y ss.

<sup>1226</sup> FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., *passim*.



Es por ello que una parte importante de la doctrina ha considerado (a nuestro juicio, acertadamente) que lo *antitrust* es también desleal por cuanto incurre en abuso de libertad de competir; encerrando así todo ilícito *antitrust* en sí mismo un desleal<sup>1227</sup>. O dicho de forma aún más expresiva, “el ilícito *antitrust* alberga en sí mismo un desleal o, lo que viene a ser lo mismo, que el ilícito *antitrust* lleva embebida la deslealtad, en el sentido de que todo ilícito *antitrust*, en cuanto revelador de una conducta abusiva del derecho a la libertad de empresa y, por ende, desleal, arroja una sombra de deslealtad (*antitrust, ergo desleal*)”.

Entre otros fundamentos, el compromiso que la deslealtad adquiere con lo *antitrust* se ha inferido del art. 15.2 LCD donde, en el seno de un precepto titulado “violación de normas”, se establece que tendrá también la consideración de desleal “la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”. No en vano, la doctrina que ha estudiado este artículo considera comprendidas en este precepto las prohibiciones *antitrust*, al reunir éstas la condición de normas reguladoras de la actividad concurrencial<sup>1228</sup>. De hecho, se podría pensar que lejos de ser una especie de doble sanción, se recoge un ilícito distinto al contemplado por la norma vulnerada<sup>1229</sup>. Es más, el juez es libre para apreciar la existencia de infracción, sin que exista prejudicialidad alguna por la calificación que de los hechos haga la ANC<sup>1230</sup>.

Cierto es, empero, que esta doctrina mayoritaria opta por restringir la funcionalidad práctica del precepto. Dado que la mayor parte de actos contrarios a la normativa *antitrust* caen sin problemas dentro del ámbito de aplicación de otras cláusulas especiales de la deslealtad distintas del art. 15.2 LCD, se ha visto en este precepto una vía para reprimir como desleales aquellos comportamientos que, aunque restrictivos de la competencia, no impactan sobre ella de un modo que justifique el control *antitrust*, esto es, las conductas de menor importancia<sup>1231</sup>. Por tanto, desde este

<sup>1227</sup> *Ibidem*, pp. 27 y ss; TRONCOSO REIGADA, M., “El marco normativo...”, cit., p. 1070 y RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El ilícito *antitrust*...”, cit., pp. 40-50. Entre los fundamentos que han destacado estos autores se encuentran el art. 1 LCD; la formulación vigente de la cláusula general de la competencia desleal y la tipificación como supuestos concretos de deslealtad los denominados actos de “deslealtad de mercado”.

<sup>1228</sup> Por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Competencia desleal por infracción de normas”, *RDM*, núm. 202, 1991, pp. 704-705; ALONSO SOTO, R., “La modificación...”, cit., pp. 2-3; MARTÍN ARESTI, P., “Comentario a la Sentencia...”, cit., pp. 406 y ss; BERENGUER FUSTER, L., “Reflexiones...”, cit., p. 10; DÍEZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones...”, cit., p. 22 y FOLGUERA CRESPO, J., “Relación...”, cit., p. 225.

<sup>1229</sup> EMPARANZA SOBEJANO, A., “Artículo 15. Violación de normas”, en AA. VV (dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 256-257 y MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 432.

<sup>1230</sup> SSTs de 13 de marzo de 2000 y de 29 de diciembre de 2006. En esta dirección CARBAJO CASCÓN, F., “Artículo 15. Violación de normas”, en AA. VV (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 412.

<sup>1231</sup> Por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Competencia desleal...”, cit., pp. 704-705 y MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., pp. 77-78.

punto de vista, la utilidad del art. 15.2 LCD consistiría precisamente en el control de los comportamientos *de minimis*.

A nuestro juicio (coincidente con el de otros autores), esta conclusión ha de considerarse desafortunada<sup>1232</sup>. En contra de lo que acaba de indicarse, creemos que el art. 15.2 LCD no puede aplicarse a una conducta *de minimis*. Así nos lo parece por cuanto que una práctica de menor importancia no encaja en el art. 15.2 LCD (violación de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial), dado que no supone una vulneración de la normativa concurrencial<sup>1233</sup>. En efecto: si, como venimos sosteniendo reiteradamente, los comportamientos amparados por la doctrina *de minimis* son lícitos, resultará improcedente acudir al art. 15.2 LCD para considerarlos desleales<sup>1234</sup>. Esto podría resultar discutible con la regulación previa a la LDC vigente, pero despejada cualquier duda acerca de la licitud de estas conductas en la actual LDC, este precepto queda del todo inutilizable<sup>1235</sup>.

Ahora bien, la solución anterior no genera indefensión alguna para los particulares afectados negativamente por las conductas de menor importancia. Estos siempre contarán con la posibilidad de acudir a la cláusula general prohibitiva de la deslealtad (art. 4 LCD) así como a las cláusulas especiales. No en vano, si una conducta efectuada en el mercado afecta de una forma inapreciable o insignificante a la competencia, habrá de concluirse que no se constata la existencia de un ilícito *antitrust*. Pero ello no impide, desde luego, que pueda constatarse la existencia de un comportamiento desleal en la medida en que éste suponga un abuso del derecho de la libertad de empresa y de la competencia basada en las propias prestaciones<sup>1236</sup>.

<sup>1232</sup> FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., pp. 107-118; MIRANDA SERRANO, L.M., “La problemática *antitrust*...”, cit., p. 715; BERENGUER FUSTER, L y GINER PARREÑO, C.A., “Comentarios críticos...”, cit., p. 24 y RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El ilícito *antitrust*...”, cit., pp. 47-48.

<sup>1233</sup> En contra, partiendo del carácter ilícito de las conductas *de minimis*, MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., pp. 462-463.

<sup>1234</sup> Así lo mantienen con solvencia FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., pp. 107-118.

<sup>1235</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 13; RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4...”, cit., p. 161 y MONTERO ELENA, C.M., “La regla *de minimis*. Significación jurídica”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 52, 2008, pp. 93-110. En efecto, la regulación anterior era confusa y no quedaba claro si las conductas de menor importancia eran lícitas o ilícitas en el Derecho interno. De ahí que la doctrina realizase una labor argumentativa mayor para sostener la inaplicabilidad del art. 15.2 LCD a dichas prácticas. Sin embargo, dada la exposición seguida a lo largo de este trabajo, consideramos que la licitud de los comportamientos de menor importancia resulta innegable. En consecuencia, el art. 15.2 LCD no puede resultar aplicable, tal como supieron ver los autores citados pese a la incertidumbre inherente a la regulación anterior.

<sup>1236</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 13; FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., pp. 107-118 y RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El ilícito *antitrust*...”, cit., p. 48.



En palabras de algún autor (que suscribimos por completo) “la verdadera cláusula de cierre del sistema del Derecho de la competencia no sería el art. 15.2 LCD, sino la cláusula general del art. 4 LCD”<sup>1237</sup>. Y es que la hipotética deslealtad de una conducta de menor importancia siempre podrá ser enjuiciada por la cláusula general, lo que arroja un resultado diferente al enjuiciamiento de la deslealtad *ex art. 15.2 LCD*.

No en vano, la cláusula general no puede aplicarse de forma acumulada a las cláusulas especiales. Antes bien, su aplicación ha de hacerse de manera autónoma, con el objeto de reprimir conductas que no se subsumen en los supuestos contemplados en la tipificación particular<sup>1238</sup>. Por esta razón, resulta contraproducente el uso del art. 15.2 LCD para enjuiciar la deslealtad de potenciales ilícitos *antitrust*. Y es que dada la relación entre la cláusula general y las especiales de la LCD, si un potencial ilícito *antitrust* fuese enjuiciado merced al art. 15.2 LDC, la falta de encaje de un comportamiento en el ilícito *antitrust* (ilícito especial) por la falta de capacidad para afectar de forma sensible a la competencia (carácter *de minimis*), supondría *per se* su no inclusión en el art. 4 LCD (ilícito general). Esto se debe a que no es posible la aplicación de la cláusula general una vez se ha descartado la aplicación del supuesto expresamente tipificado por la norma, esto es, el art. 15.2 LCD. De optar por esta vía se da, en suma, la suplantación del juicio de deslealtad por otro *antitrust*, lo cual resulta indeseable<sup>1239</sup>.

Coincidimos así con los que afirman que las conductas de menor importancia no escapan a la disciplina de la competencia desleal<sup>1240</sup>. Un comportamiento *de minimis* puede ser un acto de competencia desleal sin ningún problema. La propia relación de especialidad entre la LCD y la LDC así lo sugiere. El hecho de que la doctrina *de minimis* confirme que la práctica escapa de la ley especial (normativa *antitrust*) no implica que no tenga cabida en la ley general (la disciplina de la deslealtad). El resultado es que una conducta de menor importancia puede ser un acto de competencia desleal merced a las cláusulas especiales y la general de la LCD (descartado, eso sí, el art. 15 LCD, por los motivos expuestos).

A pesar de ello, ha de advertirse que una conducta de menor importancia conforme al Derecho *antitrust* no es sencillamente y sin más un acto de competencia

<sup>1237</sup> CARBAJO CASCÓN, F., “Artículo 15...”, cit., p. 430.

<sup>1238</sup> SSTs de 24 de noviembre de 2006 (rec. 369/2000) y de 21 de febrero de 2012 (rec. 2121/2008).

<sup>1239</sup> GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., “La violación de normas *antitrust* como acto de competencia desleal”, en AA. VV. (dirs. MIRANDA SERRANO, L.M y COSTAS COMESAÑA, J.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 350.

<sup>1240</sup> Por todos, MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, cit., p. 13; MARTÍN ARESTI, P., “Comentario a la Sentencia...”, cit., p. 405; RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia...”, cit., p. 27 y FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., “Aplicación...”, cit., p. 229.

desleal<sup>1241</sup>. Dicho de otro modo, un comportamiento *de minimis puede ser* un acto de competencia desleal, *pero no siempre lo es*. Esto es debido a que no existe ninguna relación automática entre la incapacidad para restringir significativamente la competencia y el juicio de deslealtad. Nos explicamos:

Es evidente que, si la normativa *antitrust* es ley especial y la competencia desleal es ley general, todo *incumplimiento* de la ley especial entraña, a su vez, un incumplimiento de la ley general. Del mismo modo, es lógico que una conducta que no encaja en la normativa especial, *pueda* quedar sometida igualmente a la general. Sin embargo, lo anterior no implica que una conducta lícita según la normativa especial sea *ipso facto* un incumplimiento de la ley general. No conviene olvidar que, efectivamente, un comportamiento *de minimis* no está prohibido por la legislación *antitrust*, circunstancia ésta que no prejuzga (ni en positivo ni en negativo) el juicio de deslealtad.

De modo que habrá conductas de menor importancia acreedoras de un reproche de deslealtad y otras que no. El juicio de deslealtad dependerá del caso concreto y deberá realizarse conforme a la LCD, sin que el enjuiciamiento de dicha conducta bajo la LDC deba ejercer ninguna influencia. En consecuencia, un comportamiento *de minimis* será desleal si encaja en alguna cláusula especial o si resulta contrario a la buena fe.

No negamos que la conclusión anterior puede resultar difícil de compartir. De hecho, no se nos escapa que la valoración de la capacidad de afectación sensible de la competencia que es relevante en el enjuiciamiento *antitrust*, puede parecer digna de consideración en lo que respecta a la disciplina de la competencia desleal y la protección de intereses particulares. Sin embargo, el interés público en una competencia no falseada (el bien jurídico protegido por la normativa *antitrust*) no debe impedir, pero tampoco suponer, el reproche de deslealtad. No en vano, considerar que todo comportamiento *de minimis* ha de ser un desleal obvia la existencia de un concepto amplio de conducta de menor importancia.

En efecto, para discernir cuándo una conducta de menor importancia es desleal o no, podemos coger prestadas las nociones propias del Derecho penal de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado”. En este sentido, todo comportamiento *de minimis* carece del desvalor de resultado necesario para que la práctica quede proscrita por el Derecho *antitrust*. Pero este desvalor de resultado *no es exigido por la LCD*.

---

<sup>1241</sup> Comparte nuestro escepticismo TOBÍO RIVAS, A.M., “La nueva ley..., cit., p. 580.

La clave en el juicio de deslealtad reside entonces en que no todas las conductas de menor importancia carecen de desvalor de acción. Así, aquellas en las que sí que se aprecie ese desvalor de acción, aunque no exista el desvalor de resultado conforme a la LDC, han de ser consideradas desleales merced al art. 4 LCD. Por el contrario, las que carezcan también de ese desvalor de acción, son lícitas para el ordenamiento concurrencial en su conjunto, esto es, para la LDC y la LCD.

Piénsese en una fijación de precios mínimos en el atomizado sector textil por parte de una empresa con una muy escasa cuota de mercado o en una cláusula de no competencia por un período muy superior a los 5 años en un contrato de abanderamiento suscrito por empresas con una posición insignificante<sup>1242</sup>. En ambos casos, la conducta difícilmente puede considerarse contraria a la buena fe. No cabe hablar de desvalor de acción, por mucho que formalmente sean conductas que *a priori* tienen encaje en la normativa *antitrust*.

En el primer caso, hay una mera restricción de la competencia intramarca que no perjudica a los competidores. Asimismo, los consumidores tienen un gran número de alternativas si no desean pagar los precios mínimos impuestos por el pequeño fabricante. No hay engaño, confusión o cualquier otra conducta desleal. En el segundo supuesto, el reproche de deslealtad es también difícil de concebir. El equilibrio del contrato y la generalización en el sector de cláusulas similares ponen en cuestión que los pactos a los que se alude sean actos concurrenciales contrarios a la buena fe.

Otra cosa ocurre, en cambio, si centramos la atención en un supuesto de reparto de mercado que es considerado una conducta *de minimis* merced a su contexto jurídico y económico<sup>1243</sup>. En este caso, aunque no exista desvalor de resultado para el bien protegido por el Derecho *antitrust*, no puede afirmarse sin más que no haya un desvalor de acción digno de un reproche de deslealtad. En realidad, en acuerdos horizontales que conciernen a tipos de restricciones sobre los que existe una experiencia sólida y fiable, es probable que exista un acto concurrencial que afecte negativamente a algunos competidores y/o los consumidores, aunque no alcance a afectar a la estructura o normal funcionamiento del mercado. Nos referimos aquí a auténticos “cárteles de bagatela” (*Bagatellkartell*)<sup>1244</sup>. En estos casos, en los que la intención de las partes es valerse de métodos artificiosos que abusan del Derecho a la

<sup>1242</sup> Pensamos en los supuestos correspondientes a la RCNC de 3 de diciembre de 2009, *El Corral de las Flamencas* (Expte. 105/08) y el Auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009, *Lubricantes y carburantes Galaicos S.L y GALP Energía España, S.A.U* (asunto C-506/07).

<sup>1243</sup> Pensamos en el supuesto RTDC de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98).

<sup>1244</sup> SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell...*, cit., *passim*.

libertad de empresa y de la competencia basada en sus propias prestaciones, la conducta puede recibir un reproche de deslealtad merced al art. 4 LCD.

En conclusión, podemos afirmar que la doctrina *de minimis* o, si se prefiere, el test de la apreciabilidad del Derecho *antitrust*, no funciona como una especie de “vacuna” contra la aplicación del Derecho de la competencia desleal. Si la conducta de menor importancia encaja en alguna cláusula especial o, sobre todo, en la general, nada impide al juez civil (que no es una autoridad *antitrust* encargada de tutelar la competencia efectiva o funcional) declarar la deslealtad del comportamiento. Esta valoración, además, es ajena al juicio *antitrust*.

No obstante, el intérprete puede recurrir a las categorías propias del Derecho penal de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado”. Siempre que se ponga de manifiesto que las empresas enjuiciadas han pretendido perjudicar a algunos particulares (competidores y/o consumidores) con prácticas concurrenciales ajenas a sus propios méritos, habrá un acto de competencia desleal. Es indiferente que no se haya producido un desvalor de resultado concreto, como es el daño o puesta en peligro de la competencia, entendida ésta como estructura y funcionamiento normal del mercado.

## CONCLUSIONES

**Primera.** Como hemos visto a lo largo de la presente investigación, es posible interpretar los términos restricción de la competencia *ex art. 101.1 TFUE* de dos maneras diferentes. Por un lado, cabe defender una noción formalista o abstracta merced a la cual cualquier restricción encaja en la prohibición. Por otro lado, también es factible una interpretación razonable, en virtud de la cual pueden encontrarse ciertos acuerdos restrictivos de la competencia situados fuera del ilícito *antitrust*. En nuestra opinión, resulta indiscutible que en sede comunitaria impera una noción razonable o casuística de los referidos términos. Por tanto, el test de apreciabilidad o sensibilidad (doctrina *de minimis*) no es sino una manifestación más de la interpretación flexible de los términos restricción de la competencia *ex art. 101.1 TFUE*. Razón por la cual un acuerdo de menor importancia no constituye, materialmente, una auténtica restricción concurrencial.

**Segunda.** La doctrina *de minimis* y la regla *Automec* tienen diferente función. Mientras que la segunda resulta útil para que la CE no entre en el fondo del asunto, la doctrina *de minimis*, en cambio, se presenta como un criterio hermenéutico para llevar a cabo, precisamente, el examen de fondo, merced a una interpretación razonable de los términos restricción de la competencia. Dicho de otro modo, la regla *Automec* es un criterio de coordinación entre la UE y los EEMM, mientras que la doctrina *de minimis* determina si una conducta concurrencial queda dentro o fuera del ámbito de aplicación de la norma prohibitiva. Cierto es que la doctrina *de minimis* auxilia a la regla *Automec* en tanto que un análisis preliminar sobre la importancia de la restricción concurrencial puede justificar, junto a otros criterios, que un asunto revista un grado u otro de prioridad. Y no menos verdad es que, a su vez, los criterios utilizados para priorizar los asuntos también pueden ser útiles para determinar si una conducta es o no *de minimis*. Pero una cosa es que ambas reglas puedan complementarse recíprocamente y otra bien distinta que sean lo mismo. Esta última conclusión sería incorrecta, pues la regla *Automec* se mueve en el ámbito procesal mientras que la doctrina *de minimis* aborda una cuestión de Derecho material o sustantivo.

**Tercera.** Los acuerdos que no son capaces de afectar de forma apreciable, sensible o significativa a la competencia son lícitos en sede comunitaria. El fundamento a través del cual se alcanza esta conclusión pivota sobre el principio de tipicidad. No en vano, de no existir la doctrina *de minimis* y las demás matizaciones de

los términos restricción de la competencia (como la teoría de las restricciones accesorias), la norma sancionadora que tipifica las prácticas colusorias merecería tacharse de imprecisa, ambigua o genérica, lo que no es congruente con el principio señalado. Realmente, los pactos *de minimis* no encajan en el tipo de las conductas colusorias porque no dañan ni ponen en peligro la competencia efectiva, funcional o practicable de manera que se justifique la aplicación de normas de Derecho público. Esta idea es confirmada por la doctrina mayoritaria, la actividad de la CE y los pronunciamientos del TJUE.

**Cuarta.** Existen ciertas objeciones a la tesis mayormente aceptada acerca de la licitud de los acuerdos *de minimis*. De hecho, la concepción de estos pactos como ilícitos no resulta extraña en la medida en que existen en Derecho comparado EEMM que, efectivamente, los conciben como comportamientos prohibidos pero no perseguibles por las ANC. Sin embargo, en sede comunitaria no creemos que sea así. Esta confusión se debe, fundamentalmente, a dos malentendidos. Por un lado, la creencia generalizada de que la doctrina *de minimis* es el contenido de la Comunicación en materia de menor importancia vigente en cada momento. Por otro lado, la equiparación de los pactos que no afectan de forma significativa a la competencia con una excepción similar a la contenida en el art. 101.3 TFUE o en los REC.

**Quinta.** Efectivamente, la Comunicación en materia de menor importancia hace referencia a la salvaguarda que establece la CE conforme a ciertos umbrales de cuota de mercado, pero no se refiere a la teoría de la apreciability o sensibilidad en su totalidad. Dicho de otro modo, cabría afirmar que la doctrina *de minimis* hace referencia a una valoración *ex post* del carácter apreciable, siempre en relación con un caso concreto. La guía facilitada por la CE, sin embargo, es un juicio *ex ante* de la capacidad de afectación sensible de la competencia. De ahí que la CE y las ANC no tengan la potestad de agotar la doctrina *de minimis* con un juicio previo y abstraído del análisis del caso concreto. Aunque el test de sensibilidad en la noción de restricción de la competencia y los umbrales establecidos en la Comunicación de menor importancia de la CE están íntimamente relacionados, la primera idea es necesariamente más amplia que la segunda. No son conceptos plenamente equiparables, aunque a menudo se confundan. De hecho, el caso *European Nights Services* disipa cualquier duda al respecto.

**Sexta.** Tampoco el sistema de exención de la prohibición (ex art. 101.3 TFUE y REC) debe equipararse con la doctrina *de minimis*. Un acuerdo que no tiene capacidad para afectar de forma apreciable a la competencia se encuentra *fuera* de la prohibición general porque no satisface por completo uno de los presupuestos

necesarios, esto es, la producción de una restricción de la competencia. Su examen tiene cabida, por tanto, en la primera fase del análisis del art. 101 TFUE. De hecho, la alusión a los REC en la COM14, en virtud de la cual se constata que la salvaguarda *de minimis* no se aplica a las restricciones que un REC considera especialmente graves, no impide esta conclusión. Por el contrario, la aplicación del art. 101.3 TFUE o de un REC presupone precisamente que la conducta encaja en el tipo del art. 101.1 TFUE, de modo que está prohibida, pero exenta. Dado que responden a apartados diferentes del art. 101 TFUE, un REC (art. 101.3 TFUE) no puede condicionar el test de apreciabilidad (art. 101.1 TFUE). Sin embargo, un REC sí que puede influir en la aplicación de la Comunicación *de minimis*, en tanto que ésta implica un juicio *ex ante* de la apreciabilidad que, al igual que los REC, es dictada por la CE. El motivo es fácil de comprender: la autoridad *antitrust* ha de ser coherente en sus actuaciones y no puede decir a la vez, en abstracto, que una conducta es especialmente grave e incapaz de afectar de forma sensible a la competencia.

**Séptima.** Al admitir que la doctrina *de minimis* es más amplia que la Comunicación en materia de menor importancia, se presentan tres escenarios diferentes. Uno de ellos, contempla la posibilidad de que un comportamiento que no encaja en la primera (juicio abstracto o *ex ante* de la aplicabilidad) sea pese a ello incapaz de afectar a la competencia de forma significativa (juicio de la apreciabilidad en el caso concreto o *ex post*). En ese supuesto, la conducta no está prohibida aunque supere los umbrales de la Comunicación *de minimis*, puesto que materialmente no encaja en el art. 101.1 TFUE. Sin embargo, dado que la noción de capacidad de afectar de forma apreciable a la competencia es un concepto jurídico indeterminado, sí que puede ser recomendable en este escenario acudir a los programas de clemencia. De esta manera, el clemente se cubre respecto de la incertidumbre jurídica. Sin embargo, no menos cierto es que asume el riesgo de que en el procedimiento administrativo o en sede judicial se reconozca el carácter *de minimis* de la conducta objeto del programa de clemencia, con el consecuente daño reputacional en el mercado y con respecto a las demás empresas investigadas.

**Octava.** Otro de los escenarios posibles, dada la falta de coincidencia plena entre la Comunicación *de minimis* y la doctrina de la menor importancia, es aquél en el que un acuerdo, a pesar de encajar en la salvaguarda establecida por la Comunicación, afecta sensiblemente a la competencia. Este supuesto resulta difícil de entender en la medida en que no se impone sanción (porque así lo exige la Comunicación) a una verdadera restricción de la competencia (puesto que daña o pone en peligro el bien jurídico de forma significativa). La justificación por la que se tolera el acuerdo en este caso, sin embargo, no es el principio de tipicidad (como ocurre en el supuesto sobre el que versa la conclusión anterior), sino el principio de confianza legítima. El



comportamiento, en realidad, es típico y antijurídico, pero no es culpable. Por consiguiente, dado que nos encontramos ante un auténtico ilícito *antitrust* no perseguido por la autoridad competente, teóricamente cabe la posibilidad de exigir la aplicación privada del Derecho *antitrust*, aunque en la práctica esto se antoja muy complicado.

**Novena.** La evolución de las Comunicaciones en materia de menor importancia puede explicarse a través de diferentes fases. En una primera etapa se optó por un criterio cuantitativo dual para determinar el carácter *de minimis* conformado por el volumen de negocio y las cuotas de mercado de las empresas investigadas. Posteriormente, se desechó el criterio del volumen de negocio y se tuvo en cuenta exclusivamente la cuota de mercado. Finalmente, en una época más reciente, también se toma en consideración el tipo de restricción enjuiciada, llegando a quedar excluidas de la salvaguarda establecida por la Comunicación todas las restricciones por el objeto y aquellas que encajen en un REC. Así, en resumidas cuentas, puede concluirse que las Comunicaciones *de minimis* atienden básicamente a criterios cuantitativos, mientras que los cualitativos únicamente tienen cabida para excluir la posibilidad de aplicar el puerto seguro fijado por la Comunicación en términos de cuota de mercado.

**Décima.** En la actualidad, no existe un concepto inequívoco de restricción sensible de la competencia en la jurisprudencia emanada del TJUE. No obstante, es posible dividir las sentencias del TJUE que abordan la sensibilidad de la restricción concurrencial en dos grupos. Por un lado, los pronunciamientos que conciben el carácter *de minimis* como una cuestión circunscrita a la posición que ocupan las empresas en el mercado. Por otro lado, se encuentran aquellas otras resoluciones judiciales que evidencian una perspectiva eminentemente casuística de lo que es la menor importancia. A nuestro juicio, en la jurisprudencia del TJUE predominan las segundas. En consecuencia, el análisis de la sensibilidad concurrencial posee un marcado carácter casuístico y se determina merced a un criterio mixto, conformado por elementos de valoración cuantitativos y cualitativos. Pero no puede establecerse, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, un elenco cerrado de criterios (cuantitativos y cualitativos) que resulten de aplicación. En cualquier caso, entre ellos cabe citar la duración de la práctica enjuiciada, su extensión geográfica o la naturaleza de los bienes y servicios afectados.

**Decimoprimera.** El efecto apreciable sobre el comercio y sobre la competencia son distintos. La diferencia fundamental es que el primero es un criterio jurisprudencial que determina el ámbito de aplicación del Derecho *antitrust* comunitario, mientras que el segundo, en cambio, constituye un presupuesto del tipo de la prohibición de las prácticas colusorias. Efectivamente, la regla AEAC es un



criterio jurisprudencial para que la CE y el TJUE se centren en aquellos casos que revisten interés comunitario. El hecho de que una conducta colusoria no tenga efectos apreciables en la UE sino únicamente en alguno de sus EEMM, no desvirtúa su naturaleza. Lo que ocurre es que las ANC donde se sufren sus efectos son las que actúan en dicho caso, prohibiendo y sancionando la conducta en cuestión. En contraposición, la restricción de la competencia o es sensible o no es una auténtica restricción de la competencia. La doctrina *de minimis* es, por tanto, un criterio sustantivo, y no meramente un criterio jurisdiccional.

**Decimosegunda.** La aproximación formalista al concepto de restricción por el objeto ha quedado desfasada. En su lugar, se ha impuesto una concepción realista que atiende especialmente al contexto jurídico y económico de la práctica enjuiciada. Así lo ponen de manifiesto los asuntos *Cartes Bancaires*, *Generics UK* y, sobre todo, *Budapest Bank*. En consecuencia, si bien el caso *Expedia* aclara que toda restricción por el objeto reviste un carácter apreciable para la competencia, cabe señalar que este concepto no coincide con un acuerdo que cuente únicamente con una experiencia sólida y fiable acerca de su frecuente grado de nocividad para el orden concurrencial. El concepto de restricción por el objeto ha de interpretarse de forma restrictiva, lo que obliga a estudiar el contexto económico en que se inserta la práctica, y éste no puede obviar los criterios cuantitativos y cualitativos de la doctrina *de minimis*. De modo que toda restricción por el objeto es un acuerdo que afecta de manera significativa a la competencia. Pero porque, a su vez, ningún acuerdo insignificante puede tener la consideración de restricción por el objeto. Y es que si el contexto económico refleja que la conducta no presenta un grado de nocividad suficiente para la competencia efectiva (merced al test de la apreciabilidad), esa práctica concreta no puede ser catalogada como una restricción por el objeto.

**Decimotercera.** Los propios elementos del abuso de posición dominante excluyen la posible existencia de un comportamiento *de minimis*. Pero una cosa es que el abuso de posición de dominio de menor importancia sea un oxímoron y otra diferente que en el análisis jurídico que determina si la conducta enjuiciada está prohibida por el art. 102 TFUE no deba tomarse en consideración ningún parámetro de valoración de los que conforman el test de la sensibilidad. En realidad, un abuso de posición dominante no puede ser un comportamiento *de minimis* pero porque, previamente, al examinar si existe abuso, se ha de descartar la concurrencia de circunstancias que evidencien que la conducta concreta es incapaz de afectar a la competencia funcional de una manera que pueda calificarse como abusiva. De modo que el carácter sensible de la restricción concurrencial está presente en el estudio del art. 102 TFUE, aunque enmascarado. La interpretación del concepto de abuso conforme a las SSTJUE en los asuntos *Post Danmark II* e *Intel* nos lleva a pensar que,

incluso en la aplicación del art. 102 TFUE, se ha de descartar que la conducta enjuiciada (y formalmente abusiva) revista un carácter inapreciable para la competencia.

**Decimocuarta.** La necesidad de que el sistema concurrencial quede afectado de una manera que no sea meramente insignificante es inherente al Derecho *antitrust*. En sede comunitaria, el test *de minimis* está presente en los acuerdos colusorios, el control de concentraciones, las ayudas públicas e incluso en el abuso de posición de dominio. No hay realidades a juzgar por el Derecho *antitrust* ajenas al requisito de una afectación sensible de la competencia, ni siquiera las restricciones por el objeto o aquellas concebidas como graves por un REC. Cabe sostener así que la doctrina *de minimis* se encuentra omnipresente en cualquier regla sustantiva *antitrust*. Esto se deduce del bien jurídico protegido, de la necesidad de no juzgar las conductas en abstracto o de forma puramente teórica y de la progresiva preeminencia en la UE de una “aproximación más económica” a la normativa de defensa de la competencia.

**Decimoquinta.** En relación con la conclusión anterior, ha de añadirse que si bien es cierto que la doctrina *de minimis* tiene un carácter omnipresente en toda norma sustantiva del Derecho *antitrust* comunitario, no siempre se aplica de forma idéntica. La teoría de la sensibilidad es polifacética en la medida que se adapta al examen concreto realizado en cada caso. Así, adquiere una dimensión cuantitativa cuando se analizan conductas en las que inequívocamente se pone la atención en los resultados. Pero en conductas a las que se presumen resultados negativos para el sistema concurrencial, en cambio, resultan determinantes los criterios cualitativos de la sensibilidad. Ejemplos de lo primero son el control de concentraciones o las ayudas públicas, incluso los acuerdos entre empresas restrictivos de la competencia por sus efectos. Casos encuadrables en lo segundo, por el contrario, son los acuerdos restrictivos de la competencia que formalmente lo son por su objeto o el abuso de posición dominante. En estos últimos casos los criterios cualitativos pueden evidenciar que la conducta formalmente peligrosa para el sistema concurrencial, en realidad, no lo es en el caso concreto.

**Decimosexta.** En lo que concierne al Derecho interno español, la LPRC de 1963 se caracterizó por una total indefinición legal en lo que respecta a las conductas *de minimis*. En efecto, esta norma no hizo mención alguna a dichos comportamientos a lo largo de su amplio articulado. Esta omisión, empero, no ha de hacernos suponer que el interés por el carácter apreciable, sensible o significativo de la restricción concurrencial era inexistente. Por el contrario, las conductas de menor importancia fueron merecedoras de cierta atención tanto de la doctrina como de la ANC, incluso en este momento tan incipiente del Derecho *antitrust* español. No en vano, es posible

encontrar una serie de pronunciamientos favorables a sostener que la restricción debe ser significativa, relevante o apreciable para encajar en el art. 1 LPRC. Algunos ejemplos son los asuntos *Candela García y González c. Turu Vila, Fabricantes de pan de Vitoria y Rosa de Luxemburgo*.

**Decimoséptima.** La LDC/89, tanto en su texto original como en sus sucesivas modificaciones, concibió las conductas *de minimis* como comportamientos ilícitos pero no perseguibles. Este régimen jurídico fue duramente criticado tanto por la doctrina como por la ANC e incluso llevó a los órganos jurisdiccionales a tratar de solventar por la vía interpretativa la inadecuada legislación. Se puso así de manifiesto que, una regulación nacional de las conductas de menor importancia muy diferente al régimen jurídico comunitario, resulta inoperativa. Tan es así que esta desacertada legislación se acabó modificando en la dirección señalada a lo largo de la década de los noventa por la doctrina científica, la ANC y de los tribunales de justicia.

**Decimoctava.** En la actualidad, en Derecho comparado parecen vislumbrarse dos regímenes jurídicos antagónicos en materia de acuerdos colusorios *de minimis*. Por un lado, el sistema alemán o francés, caracterizado por concebirlos como auténticos ilícitos pero no perseguibles por la ANC. Por otro lado, el sistema italiano o portugués, distinguido por concebir la teoría de la apreciabilidad o la sensibilidad como un elemento explícito del ilícito *antitrust* consistente en la realización de prácticas colusorias en sede nacional. Junto a ambos, varios EEMM cuentan con una regulación más ambigua que no encaja con nitidez en un sistema u otro. Este último caso es el de la normativa española, que se sitúa a medio camino de los dos sistemas señalados.

**Decimonovena.** El art. 1 LDC interpretado conjuntamente con el art. 5 LDC navega entre las dos aguas señaladas en la conclusión anterior. Por un lado, parece acercarse a la solución brindada por Italia, Portugal o Bélgica. Pero, por otro lado, hay matices que permitirían sostener que la posición tomada por Francia o Alemania cuenta con cierta simpatía en el Derecho interno español. El resultado es un régimen confuso e inoperativo. A nuestro juicio, por tanto, resulta más conveniente optar por contemplar el requisito de la afectación sensible o significativa de la competencia en el propio precepto que tipifica los acuerdos colusorios, esto es, en el art. 1 LDC, y no en una norma diferente. En cualquier caso, el art. 5 LDC reconoce explícitamente que existen criterios diferentes a la cuota de mercado para determinar la menor importancia, lo cual no es insólito en Derecho comparado, pero sí poco frecuente.

**Vigésima.** Es posible interpretar el art. 2 LDC del mismo modo que el TJUE ha interpretado el art 102 TFUE. Si bien es cierto que el resultado de una extensión de la doctrina *de minimis* al abuso de posición de dominio *ex art. 5 LDC* y una interpretación del art. 2 LDC conforme a la jurisprudencia señalada en el asunto *Intel*

conducen a resultados similares, a nuestro juicio, resulta más propio lo segundo. En un plano formal, no puede sostenerse que un abuso de posición de dominio revista una importancia insignificante para la competencia efectiva. Es una afirmación que encierra, en sí misma, una contradicción. Una vez que se concluye que existe un abuso y una posición de dominio no cabe excluir el ilícito merced a ningún criterio, que es lo que parece indicar el art. 5 LDC y su expresión “no se aplicarán”. En coherencia con esta idea, cabe sugerir su derogación. No en vano, la teoría de la sensibilidad se encuentra ya subsumida en el abuso, como se deduce de la jurisprudencia del TJUE. Ciertos criterios cualitativos tienen cabida en el examen del art. 2 LDC, pero en el mismo análisis de los elementos del tipo, no en un momento posterior.

**Vigesimoprimera.** A nuestro juicio, una conducta que afecta al interés público no puede ser un comportamiento de menor importancia. La doctrina *de minimis* como elemento del tipo infractor está inexorablemente presente en el propio texto del art. 3 LDC, ya que la alusión en esta norma al interés público (inexistente en los arts. 1 y 2 LDC) requiere que la conducta unilateral sea apta para provocar un efecto negativo significativo sobre la competencia. Éste es un ilícito *antitrust* que necesariamente tiene que atender al carácter apreciable de la restricción de la competencia. Lo contrario lo convertiría en una norma contraproducente que desfigura las dos disciplinas concurrenciales. Esta conclusión, además, es independiente de la morfología del precepto que se estime más adecuada. De modo que no es imprescindible que el art. 5 LDC extienda explícitamente la doctrina *de minimis* al art. 3 LDC, pues el presupuesto básico y fundamental de la norma es un falseamiento de la competencia que por ostentar una determinada magnitud o entidad alcanza a afectar al interés público.

**Vigesimosegunda.** Los arts. 1 a 3 RDC suponen una concreción de la menor importancia relativamente razonable, en tanto que admiten criterios cuantitativos y cualitativos sin alejarse demasiado del planteamiento de la CE en lo que respecta a la cuota de mercado y el tipo de restricción enjuiciada. Sin embargo, a nuestro juicio, hay algunos aspectos que merecerían mejorarse. El art. 1 RDC, por ejemplo, podría efectuar una simple remisión a la Comunicación *de minimis* en vigor, con el propósito de que no exista ningún desencuentro entre los criterios de cuota de mercado de la CE y del Derecho interno español. El art. 2 RDC, por su parte, resulta innecesario y contraproducente, en la medida en que algunos supuestos excluidos de la regla *de minimis* no lo están en sede comunitaria. A este respecto, bastaría con aludir a las restricciones por el objeto o simplemente con especificar en el art. 1 RDC que esos umbrales se refieren únicamente a las restricciones por sus efectos. Por último, en lo que concierne al art. 3 RDC, consideramos que el parámetro de valoración del “contexto jurídico y económico” (aunque loable) no es el más adecuado. De hecho, es

posible ofrecer una lista (abierta) de criterios que pueden tenerse en cuenta conjuntamente para determinar el carácter inapreciable o insignificante de una restricción concurrencial más allá de las cuotas de mercado.

**Vigesimotercera.** El nuevo art. 49.4 LDC ha de entenderse como una concesión legal a la CNMC de cierto margen de discrecionalidad en su actuación. En concreto, este precepto le faculta para no perseguir conductas que, pese a ser realmente ilícitas, no presentan un interés suficiente según sus prioridades. Sigue una lógica, indiscutiblemente, conforme al principio de oportunidad. El hecho de que en esta habilitación se haya optado por recurrir a la teoría de la apreciabilidad no es de extrañar, puesto que el elemento de lo sensible se encuentra omnipresente en el Derecho *antitrust*. Pero no por ello deben mezclarse los arts. 5 y 49.4 LDC. El primero es un elemento (implícito o explícito) de las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC. El segundo, en cambio, es una simple atribución de cierto grado de discrecionalidad que por definición solo puede existir en relación con conductas ilícitas (puesto que si son lícitas, ya se dispone del art. 49.3 LDC).

**Vigesimocuarta.** No existe un efecto apreciable sobre el comercio nacional o autonómico. Dicha ausencia, sin embargo, no implica que cualquier potencial restricción por el objeto o abuso de posición de dominio queden prohibidos merced a un análisis formalista o abstracto. La jurisprudencia del TJUE ofrece la posibilidad de realizar un examen de la realidad en virtud del contexto jurídico económico y del concepto de abuso. Asimismo, no hay problema a la hora de considerar que una práctica, debido a su escasa extensión geográfica y a otros factores, es insignificante para la competencia. La función de la doctrina *de minimis* no es distribuir competencias entre el Estado y las CCAA. Una práctica que es incapaz de afectar de forma significativa a la competencia en su mercado relevante (sea éste nacional, autonómico o local) es simplemente lícita. Para una correcta coordinación entre la CNMC y las AAC disponemos del reparto competencial realizado por la Ley 1/2002, del art. 5.2.b) de dicha norma y, también, del reciente art. 49.4 LDC, en virtud del cual parece factible que la CNMC decida, según un criterio de oportunidad, que una práctica concreta sea investigada en sede autonómica y no en sede nacional.

**Vigesimoquinta.** Un comportamiento *de minimis* no está prohibido por la legislación *antitrust*. Dicha falta de encaje en esta normativa no prejuzga (ni en positivo ni en negativo) el juicio de deslealtad. De modo que hay prácticas de menor importancia acreedoras de un reproche de deslealtad y otras que no. El juicio de deslealtad queda sometido al caso concreto y debe llevarse a cabo conforme a la LCD, sin que el enjuiciamiento de dicha conducta bajo la LDC deba tener ningún influjo específico. En nuestra opinión, se puede saber si una conducta de menor importancia

es desleal o no atendiendo a las nociones propias del Derecho penal de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado”. En este sentido, todo comportamiento *de minimis* carece del desvalor de resultado necesario para que la práctica esté prohibida por el Derecho *antitrust*. Pero este desvalor de resultado no es requerido por la LCD. El quid del juicio de deslealtad reside entonces en que no cualquier conducta de menor importancia carece de desvalor de acción. Aquellas en las que sí que se observe ese desvalor de acción, aunque no haya desvalor de resultado conforme a la LDC, han de ser consideradas desleales, al menos, merced al art. 4 LCD. Por el contrario, cuando falta ese desvalor de acción, la práctica es lícita tanto para la LDC como para la LCD.

**Vigesimosexta.** A la vista de las conclusiones precedentes, aquí expuestas de forma muy sintética, surge la que podríamos denominar gran conclusión o tesis principal de la investigación, en cuanto que idea primordial extraída del análisis del objeto de estudio. Se trata de una propuesta de interpretación omnicomprendiva de la regulación vigente en sede comunitaria y nacional, encaminada a explicar la doctrina *de minimis* en sus diferentes manifestaciones, de modo que resulte coherente con todas las realidades jurídicas con las que se relaciona.

Como hemos señalado en numerosas ocasiones, partimos de la idea de que un estudio profundo y comprensivo de la doctrina *de minimis* (o test de la apreciabilidad o sensibilidad) pone de manifiesto que ésta es un criterio hermenéutico omnipresente en el Derecho *antitrust* que cuenta con un carácter polifacético. Esto es lo que se deduce del bien jurídico protegido, de su conexión con el interés público y de las exigencias del principio de tipicidad, el cual obliga a concretar los conceptos jurídicos indeterminados de una infracción. De esta manera podemos afirmar que la capacidad de afectar de manera significativa a la competencia no es ajena a ninguna cuestión sustantiva del Derecho *antitrust*, si bien es cierto que, dependiendo de la realidad de la que nos ocupemos, nuestro objeto de estudio adopta una u otra aplicación práctica.

Por este motivo se ha de insistir en la trascendencia que tiene la comprensión de la “imagen” completa de la doctrina *de minimis* y no tan solo la de alguna de sus manifestaciones concretas. Solo pensando en el régimen de la menor importancia como un todo y no como meras cuestiones aisladas se puede evitar que haya contradicciones a la hora de conectar nuestro objeto de estudio con otros conceptos propios del Derecho *antitrust*, tales como las restricciones por los efectos, las restricciones por el objeto, el abuso de posición dominante, los REC, el efecto sobre el comercio, el falseamiento de la competencia por actos desleales, etc.

Aunque la doctrina *de minimis* tiene como precedente teórico la figura alemana de los *Mittelstankartell*, que es una cuestión claramente de “*policy*”, desde el primer caso resuelto por el TJUE en el que se recurre a la teoría de la sensibilidad (el



asunto *Völk*), ésta se ha concebido como una cuestión de fondo que conecta con la nocividad, con el daño o peligro para la competencia efectiva. De modo que su lógica es sorprendentemente simple: si una conducta daña o pone en peligro a la competencia de una forma insignificante o inapreciable, en realidad, ésta no queda prohibida por la normativa *antitrust*.

La idea anterior, genuina de una aplicación casuística de la normativa concurrencial, confronta con aquellos postulados más formalistas, como puede ser la noción tradicional de restricción por el objeto o el concepto de abuso anterior a la jurisprudencia del caso *Intel*. No en vano, en el ordenamiento existen numerosas presunciones que facilitan la labor de la autoridad *antitrust*. Por eso no debe causar sorpresa ni extrañeza que se haya cuestionado la aplicación de la doctrina *de minimis* en estos supuestos, como se evidencia en la jurisprudencia de los casos *Expedia* y *Post Danmark II*.

La doctrina *de minimis* se hace eco así de la tensión que existe entre una concepción del Derecho *antitrust* formalista y otra más casuística. Por un lado, nuestro objeto de estudio se identifica primeramente con el análisis de los efectos, el cual, como es sabido, no se requiere en todos los casos. Pero por otro lado, también es entendido como un criterio útil que posibilita una aplicación del Derecho de la Competencia más realista, puesto que resulta innegable que el objeto de esta normativa es, al fin y al cabo, la protección de la competencia efectiva.

A nuestro juicio, esta tensión que se produce en el seno de la doctrina *de minimis* entre una concepción formalista y otra realista solo puede ser superada si se reconoce que es un criterio hermenéutico que ha de guiar todo el Derecho *antitrust* pero respetando, al mismo tiempo, la jurisprudencia y fundamentos de cada uno de los conceptos en los que deja notar su influencia. Nuestra concepción de la teoría de la apreciabilidad que trata de armonizar su esencia con el resto del ordenamiento *antitrust*, por tanto, es la siguiente:

En primer lugar, en lo que respecta a las restricciones por sus efectos a las que aluden los arts. 101 TFUE y 1 LDC, la teoría de la sensibilidad entra en juego en el examen de los efectos. En él, la cuota de mercado conjunta de las empresas que participan en el acuerdo sirve como una presunción *iure et de iure* a favor de la insignificancia de la conducta para el caso en que los umbrales preestablecidos no se superen. Mas cuando estos umbrales se sobrepasan, estamos ante una presunción *iuris tantum* contraria a la escasa importancia que, sin embargo, puede ser refutada sobre la base de criterios diferentes a la cuota de mercado.

En segundo lugar, en las restricciones por el objeto no tiene cabida la doctrina *de minimis* en tanto que una vez que el acuerdo es calificado como tal no es necesario que se prueben sus efectos anticompetitivos. Estos se presuponen debido a que el comportamiento realizado presenta un grado suficiente de nocividad para la competencia que vendría a justificar la relajación de la carga de la prueba de la autoridad competente. Sin embargo, sabemos que ese grado suficiente de nocividad puede cuestionarse en el caso concreto habida cuenta del contexto jurídico y económico de la conducta enjuiciada. En ese contexto económico parece razonable tomar en consideración la teoría de la apreciabilidad o la sensibilidad. De modo que si existen parámetros de valoración cualitativos y/o cuantitativos que pongan en cuestión el presunto grado suficiente de nocividad, la autoridad tiene la obligación de rechazarlos de forma argumentada antes de prohibir y sancionar. No se exige una prueba de los efectos concretos, pero sí un análisis realista del comportamiento objeto de procedimiento sancionador.

En tercer lugar, la salvaguarda *de minimis* en términos de umbrales de cuota de mercado, naturalmente, tampoco puede aplicarse a los arts. 102 TFUE y 2 LDC. Pero a la misma vez, si una conducta es cualitativamente insignificante o inapreciable, no puede ser calificada de abuso. De esta manera, lo cierto es que la teoría de la apreciabilidad tiene cabida en el abuso de posición de dominio como el conjunto de circunstancias a tener en cuenta a la hora de valorar si existe un abuso o no. Una conducta que formalmente es considerada un abuso aún necesita de un mínimo análisis de la realidad para que en el caso concreto pueda ser calificada como tal. Nuevamente, no se debe probar ninguna magnitud de efectos determinada, pero ello no es obstáculo para interpretar un elemento del tipo de una forma razonable.

Finalmente, en el art. 3 LDC resulta artificial realizar un examen de la capacidad de afectación sensible o apreciable de la competencia ajeno a la afectación al interés público en una competencia no falseada. En este ilícito *antitrust*, en efecto, el elemento de lo sensible o lo apreciable, en tanto que identificable con el daño o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el Derecho *antitrust*, es lo que justificaría la existencia de una conducta prohibida consistente en el falseamiento de la competencia por actos desleales. La afectación sensible de la competencia que afecta al interés público en una competencia no falseada es así el elemento o presupuesto fundamental del tipo. Sin ese efecto significativo estaremos en todo caso ante un mero acto de competencia desleal.

En cualquier caso, nos gustaría destacar que lo que interesa al intérprete no es tanto la concreta denominación del criterio hermenéutico empleado, sino si es posible o no tener en cuenta ciertos parámetros valorativos cuantitativos y/o cualitativos. En



efecto, en ocasiones se habla de capacidad para afectar de forma sensible o apreciable a la competencia, en otras de doctrina, test o teoría de la menor importancia, también de regla *de minimis* e incluso de “conjunto de circunstancias relevantes en el caso concreto” o de “parte del contexto económico”. A nuestro juicio, tratar de encontrar matices en todas estas denominaciones carece de utilidad e interés en tanto que si se tiene claro el fundamento y funcionalidad de nuestro objeto de estudio, es posible llegar a una aplicación del Derecho *antitrust* razonable y coherente, sin necesidad de matices que son más teóricos que prácticos. Los intentos de matización, lejos de responder a necesidades reales, solo aportan una complejidad indebida que precisamente contribuye a la opacidad del criterio hermenéutico del carácter apreciable o sensible de la restricción de la competencia.

A través de todo lo expuesto llegamos a la conclusión final de que las conductas de menor importancia, entendidas como aquellas que no son capaces de afectar de forma sensible o apreciable al Derecho *antitrust*, son acreedoras de una gran importancia. No son una cuestión residual o una mera excepción. Antes bien, materializan el bien jurídico protegido por la normativa y son consecuencia del propio propósito o razón de ser del Derecho de la competencia. Aunque es cierto que la doctrina *de minimis* o el test de la apreciabilidad ha sido relegado a un segundo plano en el ejercicio del Derecho *antitrust*, tanto comunitario como nacional, hay ciertas consideraciones que ponen de relieve que nuestro objeto de estudio puede tener (y debería tener) una mayor incidencia en el régimen jurídico protector de la libre competencia. Nos referimos particularmente a los siguientes argumentos:

*Primero. La imparable tendencia hacia una aproximación más económica (realista) al Derecho de la Competencia.* El Derecho *antitrust* tiene un componente económico muy acusado. Esto obedece a que juzgar los comportamientos de las empresas simplemente mediante criterios diseñados al margen del mercado concreto afectado y la estructura que impera en él (juicio *ex ante*) resulta insostenible. Cierto es que una concepción formalista resulta más fácil de aplicar y conduce a soluciones más predecibles. Sin embargo, no puede perderse de vista que esta simplificación va en perjuicio de la realidad económica. El test de la apreciabilidad es conforme a esta tendencia y debe adquirir un mayor protagonismo en tanto que conduce a una aplicación más realista del Derecho de la competencia. La teoría de la sensibilidad es, por tanto, antítesis del Derecho *antitrust* de corte formalista, en la actualidad realmente desfasado.

*Segundo. La jurisprudencia comunitaria advierte que los enjuiciamientos de las conductas no pueden realizarse en abstracto, sino conforme al caso concreto.* Otro argumento en virtud del cual consideramos que es inviable descartar la teoría de la

apreciabilidad en determinados ilícitos, como los acuerdos restrictivos de la competencia por su objeto o el abuso de posición de dominio, es la jurisprudencia que dictamina que no se puede juzgar una restricción concurrencial en abstracto, sino conforme al caso concreto. De modo que una cosa es que no se requiera un análisis de los efectos en ciertas ocasiones y otra que deba presuponerse *iure et de iure* que existe un daño o peligro para el bien jurídico protegido. Si no se atiende a la capacidad de afectar de forma sensible o apreciable a la competencia, en realidad, se está juzgando en abstracto, abstraído del caso concreto, lo que no resulta conforme a la jurisprudencia comunitaria. De ahí que la doctrina *de minimis* sea un criterio de justicia, en tanto que evita que situaciones no lesivas para el bien jurídico sean tratadas de forma idéntica a aquellas que sí lo lesionan.

*Tercero. El Derecho antitrust debería perseguir y proteger una concepción dinámica de la competencia, no meramente estática.* Con demasiada frecuencia se entiende que el Derecho de la competencia protege una competencia estática y que su finalidad es conseguir los menores precios posibles. Sin embargo, puede resultar más interesante concebir el Derecho *antitrust* como un instrumento que proteja la competencia dinámica, esto es, un resultado que maximice el bienestar social a largo plazo, lo que no se reduce a la cantidad de bienes y servicios y los precios, sino que también tiene en cuenta otros factores, como la innovación. Desde esta óptica, no tiene sentido que la normativa *antitrust* prohíba y persiga conductas que no tienen la capacidad para afectar a esa concepción dinámica de la competencia. De hecho, en la mayoría de casos es probable que una conducta *de minimis* sea neutralizada por el propio dinamismo del mercado. Por tanto, el test de la sensibilidad es opuesto a una visión puramente estática de la competencia, de modo que permite atender a la evolución esperada del mercado afectado.

*Cuarto. La exigente aplicación de los principios de la potestad sancionadora.* Finalmente, ha de tenerse en cuenta que los principios de tipicidad, taxatividad y la existencia de criterios jurídicos indeterminados exige que el tipo se delimite de modo que el Derecho público sancionador no intervenga cuando no sea necesario. No debe perderse de vista que lo prohibido por el Derecho *antitrust* supone un límite a la libertad de empresa. Esta inhibición de un Derecho fundamental está más que justificada cuando se daña o pone en peligro la competencia efectiva. Pero en el caso contrario, nos encontramos ante una intervención pública desbocada que se entromete innecesariamente en la actividad empresarial. La doctrina *de minimis*, por tanto, es garantía de una intervención pública justificada, medida y proporcional en el mercado.

A través de esta investigación, hemos tratado de ofrecer, en suma, una interpretación sistemática de la doctrina *de minimis* que sea coherente y respetuosa con

la jurisprudencia directamente relacionada con el objeto de estudio y con otras instituciones jurídicas que se ven afectadas. Esta armonización de los diferentes pronunciamientos comunitarios y nacionales se inspira en una aproximación más económica al Derecho *antitrust* y en una aplicación rigurosa y exigente del *ius puniendi* del Estado. Pero no por ello carece de empatía con las autoridades sancionadoras. Se respetan las presunciones *iuris tantum* y la relajación de la carga de la prueba que existe en ciertos supuestos, sin coartar por ello un ejercicio respetuoso con la particularidad del caso y con el Derecho de defensa de los sujetos objeto del procedimiento administrativo.

## CONCLUSIONS

**First.** As we have seen throughout this research, it is possible to understand the notion of restriction of competition within art. 101.1 TFEU in two different ways. On the one hand, it is feasible to maintain a formalistic approach. Any restriction fits into the prohibition according to this point of view though. On the other hand, a reasonable perspective is also viable. In this case, certain anticompetitive agreements can be found outside art. 101.1 TFEU. In our opinion, it is indisputable that a reasonable approach prevails in the European Union. Therefore, the appreciability test (*de minimis* doctrine) is but one more manifestation of the flexible interpretation of the terms restriction of competition within art. 101.1 TFEU. That is why an agreement of minor importance does not constitute, entirely, a real restriction of competition.

**Second.** The *de minimis* doctrine has a different role from the *Automec* rule. The second one is interesting in order to the European Commission does not go into the substance of the case. Even though, the *de minimis* doctrine is practical as a hermeneutical criterion to carry out, precisely, the substantive analysis, thanks to a reasonable approach of the terms restriction of competition. In other words, the *Automec* rule is a coordination criterion between the European Union and the Member States, while the *de minimis* doctrine determines whether an anticompetitive agreement falls within or outside the scope of art. 101.1 TFEU. It could be true that the *de minimis* doctrine helps the *Automec* rule. A preliminary appreciability analysis can justify, along with other criteria, that a case has one degree or another of priority. And it is no less true that, in turn, the criteria used to prioritize issues can also be interesting in determining whether or not an agreement is *de minimis*. But one thing is that both rules can complement each other and quite another that they are the same. This last conclusion must be out of order, due to the *Automec* rule is related with the procedural field and the *de minimis* doctrine; however, it is a question of substantive law.

**Third.** Agreements that are not able to appreciably, sensitively or significantly affecting competition are totally lawful in the common Market. The ground of this statement could be found on the principle of typicality. Not in vain, if the *de minimis* doctrine and other nuances of the terms restriction of competition did not exist, art. 101.1 TFEU should be considered imprecise, ambiguous or generic; something is not compatible with the stated principle. Actually, minor importance agreements do not fit into the prohibited conduct because they do not harm or endanger workable competition in a way that justifies the enforcement of public law rules. This idea is confirmed by different authors, the European Commission's practice and the Court of Justice of the European Union's case law.

**Quarter.** There are certain buts to the generally accepted thesis about the legality of minor importance agreements. As a matter of fact, the perception of these agreements as prohibited is not weird. This mistaken approach exists in Comparative Law as long as some Member States conceive them as behaviors that are prohibited but not prosecutable by the National Competition Authorities. Notwithstanding, we do not support this idea. This mess is mainly due to two misunderstandings. On the one hand, the general belief that the appreciability test is just the *de minimis* Notice in force. On the other hand, the comparison of agreements that do not significantly affect competition with an exception similar to art. 101.3 TFEU or Block Exemption Regulations.

**Fifth.** Indeed, the *de minimis* Notice issued by the European Commission refers to the safeguard established in accordance with certain market share thresholds, but does not refer to the appreciability test in its entirety. In other words, it could be said that the *de minimis* doctrine refers to an *ex post* analysis in relation to a specific case. The guide provided by the European Commission is an *ex ante* judgment issued in general terms though. Thence, the European Commission and the National Competition Authorities do not have the ability to hollow out the *de minimis* doctrine with a prior inspection abstracted from the specific case. Although the appreciability test and the thresholds established in the Notice are closely related, the first one is necessarily broader than the second. They are not fully comparable ideas, as European Nights Services case displays.

**Sixth.** The *de minimis* doctrine has a different foundation from the exemption system (art. 101.3 TFEU and Block Exemption Regulations). Actually, an agreement that is not able to appreciably affect competition is outside the prohibition. This is because it does not completely satisfy one of the necessary assumptions, that is, the restriction of competition. This assessment has a place, therefore, in the first phase of the analysis of art. 101 TFEU, not in the following one. In point of fact, the reference to Block Exemption Regulations in the *de minimis* Notice of 2014 does not go against this idea. On the contrary, the application of art. 101.3 TFEU or a Block Exemption Regulation presupposes precisely that the agreement fits into art. 101.1 TFEU. So it is prohibited, but exempt. Nevertheless, a Block Exemption Regulation could influence the application of the *de minimis* Notice, due to this is an *ex ante* appreciability analysis which is issued by the European Commission. The reason is quite easy to understand: the authority must be consistent in its actions and cannot say, in the abstract, that a conduct is especially serious and not able to significantly affect competition at the same time.

**Seventh.** By admitting that the appreciability test is broader than the *de minimis* Notice, three different scenarios are displayed. One of them contemplates the possibility that an agreement that does not fit into the first one is, despite of it, incapable of significantly affecting competition. In this case, the agreement is not prohibited even if it exceeds the thresholds of the *de minimis* Notice, since it does not materially fit into art. 101.1 TFEU. However, it may be worthy in this scenario to take into account leniency programs. In this way, the clement covers itself with respect to legal uncertainty. Although it assumes the risk that the *de minimis* nature of the conduct is recognized in the administrative procedure or in court as well. Under these circumstances, a reputational damage in the market and with respect to other investigated companies could be suffered.

**Eighth.** Another possible scenario, given the lack of similitude between the *de minimis* Notice and the appreciability test, is one in which an agreement, despite fitting into the thresholds established by the Notice, significantly affects competition. This situation is hard to understand because a real restriction of competition is not sanctioned or prohibited. The explanation of this impunity, however, is not the principle of typicity but the principle of legitimate expectations. So, the agreement is unlawful but not guilty. Therefore, it is theoretically possible to require the private enforcement of antitrust law, although in practice this seems quite complicated.

**Ninth.** All the *de minimis* Notices that have been enacted over time can be separated into three phases. In the first one, the turnover and the market share of the companies investigated were chosen to determine the negligible character. In the second one, however, the criterion of turnover was discarded and only market share was considered. Finally, the type of restriction prosecuted is also taken into consideration, excluding from the established safe harbor in the Notice to all the restrictions of competition by object and those that fit into a Block Exemption Regulation. Thus, it can be concluded that *de minimis* Notice basically meet quantitative criteria, while the qualitative ones only have a place to exclude the possibility of applying the safe harbor established by the Notice in terms of market share.

**Tenth.** Actually, there is no single concept of restriction that considerably affects competition in the Court of Justice of the European Union's case law. However, it is possible to classify these judgments in two different groups. On the one hand, the pronouncements that conceive the *de minimis* doctrine as an issue circumscribed to the market shares. On the other hand, those other sentences that show a more economic approach to the appreciability test. From our point of view, in the Court of Justice of the European Union's case law predominate pronouncements respectful of the particularity of the specific case. Thus, the appreciability test is determined by virtue of a mixed criterion, made up of quantitative and qualitative evaluation elements. But a closed list of quantitative and qualitative criteria cannot be established according to the Court of Justice of the European Union's case law. Among them it is worth mentioning the duration of the practice, its geographical extension or the nature of the affected goods and services.

**Eleventh.** The appreciable effect on trade and on competition are different. The fundamental difference is that the first one is a jurisprudential criterion that determines the scope of application of antitrust law in the European Union, while the second, on the other hand, constitutes a presupposition of collusive agreements. Indeed, the absence of effect on trade between Member States is a jurisprudential criterion for the European Commission and the Court of Justice of the European Union to focus on those cases that are of interest in the single Market. The fact that a collusive agreement does not have appreciable effects in the European Union, but only in one of its Member States, does not undermine its nature. What happens is that the National Competition Authorities where its effects are suffered are the ones that study the case, prohibiting and sanctioning the conduct in question. In contrast, the restriction of competition is either significant or it is not a genuine restriction of competition. The *de*

*minimis* doctrine is therefore a substantive criterion, and not merely a jurisdictional one.

**Twelfth.** The formalistic approach to the concept of restriction by object has become outdated. In its place, a realistic conception has been imposed that pays special attention to the legal and economic context. This is shown by the *Cartes Bancaires*, *Generics UK* and, above all, *Budapest Bank* cases. Consequently, although the *Expedia* case clarifies that any restriction by object is an appreciable restriction of competition, it should be pointed out that this concept does not coincide with an agreement that only has a solid and reliable experience regarding its frequent degree of harm to the workable competition. The concept of restriction by object must be interpreted restrictively, which requires studying the economic context in which the agreement is inserted. The economic context cannot ignore the quantitative and qualitative criteria of the *de minimis* doctrine. So any restriction by object is an agreement that significantly affects competition. But because, in turn, no insignificant agreement can be considered a restriction by object. Thus, if the economic context reflects that the conduct does not present a sufficient degree of harmfulness for workable competition due to the appreciability test, that particular practice cannot be classified as a restriction by object.

**Thirteenth.** The elements inherent to the abuse of a dominant position exclude the possible existence of a *de minimis* conduct. But it is one thing that the abuse of a minor position of dominance is an oxymoron and another different than in the legal analysis that determines whether the prosecuted conduct is prohibited by art. 102 TFEU should not take into consideration any assessment parameter that conforms to the appreciability test. Actually, an abuse of a dominant position cannot be a *de minimis* conduct but because, previously, when examining whether there is an abuse, the concurrence of circumstances that display that the specific conduct is incapable of affecting the workable competition must be taken into account. So the appreciability test is present in the assessment of art. 102 TFEU, albeit undercover. The interpretation of the concept of abuse in accordance with the judgments of the Court of Justice of the European Union in the *Post Danmark II* and *Intel* cases leads us to think that, even in the application of art. 102 TFEU, it must be ruled out that the prosecuted and formally abusive conduct has an insignificant importance for the workable competition.

**Fourteenth.** The need for the competitive system to be affected in a way that is not merely insignificant is inherent to antitrust law. In the European Union, the *de minimis* test is present in collusive agreements, mergers control, public aids and even in the abuse of a dominant position. Judging by antitrust law, everything has to fulfill



the requirement of a significant impact on competition, even restrictions by object or hardcore restrictions according to a Block Exemption Regulation. Thus, it can be said that the *de minimis* doctrine is omnipresent in any substantive antitrust rule. This is deduced from the workable competition as protected object, from the need not to judge conduct in the abstract and from the progressive pre-eminence in the European Union of a “more economical approach” to antitrust regulations.

**Fifteenth.** In relation to the foregoing conclusion, it must be added that although it is true that the *de minimis* doctrine is omnipresent in all substantive provisions of European Union antitrust law, it is not always applied in the same way. The appreciability test is multifaceted to the extent that it adapts to the specific examination carried out in each case. Thus, it acquires a quantitative dimension when conductas that attend to the results are analyzed. But in conductas that are presumed negative results for competition, however, qualitative criteria are decisive. Examples of the former are mergers control or public aids, including agreements that restrict competition due to their effects. In the second category, on the other hand, are the agreements that restrict competition by their object or the abuse of a dominant position. In these last cases, the qualitative criteria can show that the formally dangerous conduct for the competition system is not in the particular case.

**Sixteenth.** As far as Spanish domestic law is concerned, the "Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia" of 1963 was characterized by a total lack of legal definition regarding *de minimis* agreements. Indeed, this law did not mention them throughout its text. This omission, however, does not imply that the interest in the appreciable, sensitive or significant nature of the competition restriction was non-existent. On the contrary, minor importance agreements deserved some attention from both the doctrine and the National Competition Authorities at this time. Not in vain, it is possible to find favorable pronouncements to maintain that the restriction must be significant, relevant or appreciable to fit into the collusive agreements. Some examples are the "Candela García y González v. Turu Vila", "Fabricantes de Pan de Vitoria Bread" y "Rosa de Luxemburgo".

**Seventeenth.** The Spanish Competition Act of 1989, both in its original text and in its amendments, conceived *de minimis* agreements as illegal but not prosecutable conducts. This legal regime was harshly criticized both by the doctrine and by the National Competition Authority and even led judges to try to resolve the inadequate legislation through a sophisticate interpretation. Thus, it became evident that a national regulation of minor important agreements, very different from the legal regime of the European Union, is inoperative. So much so that this incorrect legislation ended up

being modified, crystallizing the efforts in this direction carried out by the doctrine, the National Competition Authority and the judges.

**Eighteenth.** Nowadays, there are two antagonistic legal regimes in matters of minor importance agreements in Comparative law. On the one hand, the German or French system, characterized by conceiving them as authentic illegal but not prosecutable by the National Competition Authority. On the other hand, the Italian or Portuguese one, distinguished by conceiving the appreciability test as an explicit element of the prohibition. Along with both, several Member States of the European Union have a more ambiguous regulation that does not fit clearly into one system or another. This is the case of the Spanish regulation, which is situated halfway between the two systems indicated.

**Nineteenth.** Art. 1 of the Spanish Competition Act interpreted jointly with art. 5 of the same law are located between the two systems indicated in the previous conclusion. On the one hand, it seems to be close to the solution offered by Italy, Portugal or Belgium. But, on the other hand, there are issues that would allow us to maintain that the position taken by France or Germany has some sympathy in Spanish domestic law. The result is a confused and inoperative regime. In our opinion, therefore, it is more convenient to introduce the requirement of the significant affectation of competition in art. 1 of the Spanish Competition Act, not in a different one. In any case, art. 5 explicitly recognizes that there are criteria other than market share to determine minor importance, which is rare in comparative law, but it is not unknown either.

**Twentieth.** It is possible to understand art. 2 of the Spanish Competition Act in the same way that the Court of Justice of the European Union has understood art 102 Treaty on the Functioning of the European Union. Although it is true that an extension of the *de minimis* doctrine to the abuse of a dominant position ex art. 5 Spanish Competition Act and an interpretation of art. 2 of the same law according to the jurisprudence indicated in the Intel case lead to similar results, in our opinion, the second is more appropriate. On a formal level, it cannot be argued that an abuse of a dominant position is of insignificant importance for workable competition. It is a statement that contains, in itself, a contradiction. Once it is concluded that there is an abuse and a position of dominance, it is not possible to exclude the prohibition thanks to any criteria, which is what art 5 seems to indicate with its expression “will not apply”. Consistent with this idea, it is worth suggesting its amendment. Not surprisingly, the appreciability test is already subsumed in the abuse, as can be deduced from the case law of the Cour of Justice of the European Union. Certain

qualitative criteria have a place in the examination of art. 2 of the Spanish Competition Act, but in the same analysis of the elements of the prohibition, not at a later time.

**Twenty first.** In our opinion, a conduct that affects the public interest cannot be a minor importance competitive act. The *de minimis* doctrine as an element of the offending type is inexorably present in the text of art. 3 of the Spanish Competition Act. The allusion in this norm to the public interest requires that the unilateral conduct be capable of causing a significant negative effect on competition. This is an illegal act that necessarily has to take into account the appreciable nature of the restriction of competition. Otherwise, it would become a norm that disfigures the relationship between antitrust law and unfair competition. This conclusion, furthermore, is independent of the morphology of art. 3 that is considered most appropriate. So it is not essential that art. 5 LDC explicitly extends the *de minimis* doctrine to this article, since the basic and fundamental presupposition of the norm is a distortion of competition that, due to having a certain magnitude or entity, reaches to affect the public interest.

**Twenty second.** Arts. 1 to 3 of the Spanish Regulation for the defense of competition suppose a reasonable specification of the meaning of minor importance, insofar as they admit quantitative and qualitative criteria without departing too far from the European Commission approach with regard to market share and the type of restriction prosecuted. However, in our opinion, there are some issues that deserve an improvement. Art. 1 of this norm, for example, could make a simple reference to the *de minimis* Notice in force, so there will not be discrepancy between the market share criteria of the European Commission and Spanish domestic law. Art. 2 is unnecessary and counterproductive. Some types of restrictions excluded from the *de minimis* rule in the national legal order are not excluded in the European Union. In this regard, it would be enough to refer to restrictions by object or simply to specify that the thresholds in art. 1 refer only to restrictions by their effects. Lastly, with regard to art. 3, we consider that the assessment parameter of the "legal and economic context" is not the most appropriate. In fact, it is possible to offer an (open) list of criteria that can be taken into account together to determine the insignificance of a restriction of competition beyond market shares.

**Twenty-third.** New art. 49.4 of the Spanish Competition Act should be understood as a legal concession to the National Competition Authority of a certain margin of discretion in its actions. Specifically, this article empowers it not to pursue conduct that, despite being truly illegal, does not present sufficient interest according to its priorities. It follows a proposal, indisputably, according to the principle of opportunity. The fact that in this qualification it has been decided to use to the

appreciability test is not surprising, since it is omnipresent in antitrust law. But not for that we should mix up arts. 5 and 49.4 of the Spanish Competition Act. The first one is an element (implicit or explicit) of the prohibitions of the arts. 1 to 3 Spanish Competition Act. The second one, on the other hand, is a simple attribution of a certain degree of discretion that by definition can only exist in relation to a prohibited act.

**Twenty-fourth.** There is no appreciable effect on national or regional trade. Said absence, however, does not imply that any potential restrictions by the object or abuse of a dominant position are prohibited because of an abstract analysis. The case law of the Court of Justice of the European Union offers the possibility of carrying out an examination of reality by virtue of the economic legal context and the concept of abuse. Likewise, there is no problem in considering that a practice, due to its limited geographical extension and other factors, is insignificant for the workable competition. The function of the *de minimis* doctrine is not to distribute powers between the State and local territories. A practice that is incapable of significantly affecting competition in its relevant market is simply lawful. For a correct coordination between the National and Regional Competition Authorities we have the distribution of competences made by Law 1/2002 and the recent art. 49.4 of the Spanish Antitrust Law as well, by virtue of which it seems possible for the National Competition Authority to decide, according to a criterion of opportunity, that a specific act must be investigated at regional level and not at a national one.

**Twenty-fifth.** A *de minimis* concurrent act is not prohibited by antitrust law. This statement does not prejudice (neither positively nor negatively) the judgment according to unfair competition law. So there are minor importance practices that deserve a reproach of disloyalty and others that do not. The assessment of disloyalty is subject to the specific case and must be carried out in accordance with the Unfair Competition Law. So the Spanish antitrust law cannot have any specific influence. In our opinion, it is possible to know if a minor importance conduct is unfair or does not taking into account the notions of criminal law of "disvalue of action" and "disvalue of result". In this sense, all *de minimis* behaviors lack the disvalue of result necessary for the practice to be prohibited by antitrust law. But this result is not required by the Unfair Competition Law. The key of the assessment of disloyalty is then that no conduct of minor importance is without value of action. Those in which the disvalue of action is observed, even though there is no impairment of result in accordance with the antitrust law, must be considered unfair, at least, thanks to art. 4 of the Unfair Competition Law. On the contrary, when this disvalue of action is lacking, the practice is lawful for both the Spanish Competition Act and the Unfair Competition Law.

**Twenty-sixth.** In view of the preceding conclusions, which are presented here in a very synthetic form, the main thesis of the research emerges. This is the main idea drawn from the analysis of the object of study. It is a proposal for an all-encompassing interpretation of the regulations in force in the European Union and in Spain that seeks to explain the *de minimis* doctrine in its different manifestations, in such a way that it is coherent with all the legal realities with which it is related.

As we have pointed out on numerous occasions, we start from the idea that an in-depth and comprehensive study of the *de minimis* doctrine (or appreciability test) shows that it is an omnipresent hermeneutic criterion in antitrust law that has a multifaceted nature. This is what can be deduced from the protected legal good, from its connection with the public interest and from the requirements of the principle of typicality, which makes it necessary to specify the indeterminate legal concepts of an infringement. Thus, we can affirm that the capacity to significantly affect competition is not alien to any substantive issue of antitrust law, although it is true that, depending on the reality we are dealing with, our object of study adopts one or another practical application.

For this reason, it is important to insist on the importance of understanding the whole "picture" of the *de minimis* doctrine and not just some of its specific manifestations. Only by thinking of the *de minimis* regime as a whole and not as mere isolated issues can we avoid contradictions when connecting our object of study with other concepts of antitrust law, such as restrictions by effects, restrictions by object, abuse of dominant position, block exemption regulations, the effect on trade, distortion of competition by unfair acts, etc.

Although the *de minimis* doctrine has as its theoretical precedent the German figure of the "*Mittelstankartell*", which is clearly a matter of "policy", since the first case decided by the Court of Justice of the European Union in which the appreciability test is used (the *Völk* case), it has been conceived as a substantive issue that connects with the harmfulness, with the damage or danger to effective competition. So its logic is surprisingly simple: if a conduct harms or endangers competition in an insignificant or negligible way, it is not actually prohibited by antitrust law.

The above idea, genuine of a casuistic application of antitrust law, confronts those more formalistic postulates, such as the traditional notion of restriction by object or the concept of abuse prior to the case law of the *Intel* case. Not surprisingly, there are numerous presumptions in the legal system that facilitate the labor of the antitrust authority. Therefore, it should come as no surprise that the application of the *de minimis* doctrine in these cases has been questioned, as evidenced in the case law of the *Expedia* and *Post Danmark II* cases.

The *de minimis* doctrine highlights the tension that exists between a formalistic and a more casuistic approach to antitrust law. On the one hand, our object of study is identified primarily with the analysis of effects, which, as is well known, is not required in all cases. But on the other hand, it is also understood as a useful criterion that enables a more realistic application of antitrust law, since it is undeniable that the purpose of this regulation is, after all, the protection of workable competition.

In our opinion, this tension that arises within the *de minimis* doctrine between a formalist and a realist conception can only be overcome if it is recognized as a hermeneutic criterion that must guide all antitrust law while respecting the jurisprudence and foundations of each of the concepts on which it has an influence. Our conception of the appreciability test, which seeks to harmonize its essence with the rest of the antitrust system, is therefore the following:

First, as regards the restrictions by their effects referred to in art. 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and art. 1 of the Spanish Competition Act, the appreciability test comes into play in the examination of the effects. Here, the combined market share of the undertakings participating in the agreement serves as a presumption *iure et de iure* in favor of the insignificance of the conduct in the case where the pre-established thresholds are not exceeded. But when these thresholds are exceeded, we are faced with a rebuttable presumption *iuris tantum* in favor of insignificance, which, however, can be rebutted on the basis of criteria other than market share.

Secondly, the *de minimis* doctrine does not apply to restrictions by object, since once the agreement is qualified as such it is not necessary to prove its anticompetitive effects. These are presupposed because the act performed presents a sufficient degree of harmfulness to competition to justify the relaxation of the burden of proof for the antitrust authority. However, we know that this sufficient degree of harmfulness can be questioned in the specific case on the basis of the legal and economic context of the conduct being prosecuted. In that economic context it seems reasonable to take into consideration the appreciability test. Thus, if there are qualitative and/or quantitative assessment parameters that call into question the alleged sufficient degree of harmfulness, the authority has the obligation to reject them in a reasoned manner before prohibiting and sanctioning. Proof of concrete effects is not required, but a realistic analysis of the behavior that is the subject of the sanctioning procedure is needed.

Thirdly, the *de minimis* safeguard in terms of market share thresholds, naturally, cannot be applied to Art. 102 TFEU and Art. 2 of the Spanish Competition Act either. But at the same time, if a conduct is qualitatively insignificant or negligible, it cannot

be qualified as an abuse. Thus, it is certain that the theory of appreciability has a place in the abuse of dominance as the set of circumstances to be taken into account when assessing whether there is an abuse or not. A conduct that is formally considered an abuse still needs a minimum analysis of reality so that in the specific case it can be qualified as such. Again, no particular magnitude of effects must be proven, but this is not an obstacle to understanding the abuse in a reasonable manner.

Finally, in art. 3 of the Spanish Competition Act, it is artificial to carry out an examination of the appreciable effect on competition independent of the effect on the public interest in an undistorted competition. In this antitrust offense, in fact, appreciability, as identifiable with the damage or endangering of the legal good protected by antitrust law, is what would justify the existence of a prohibited conduct consisting of the distortion of competition by unfair acts. The significant effect on competition that affects the public interest in an undistorted competition is thus the fundamental element or presupposition of the prohibition. Without this significant effect we will be in any case before a mere act of unfair competition.

In any case, we would like to emphasize that what interests the interpreter is not so much the specific denomination of the hermeneutic criterion used, but whether or not it is possible to take into account certain quantitative and/or qualitative evaluative parameters. In fact, sometimes it is referred to as the ability to have a significant or appreciable effect on competition, sometimes as the doctrine, test or theory of the minor importance, sometimes as the *de minimis* rule and even as "set of relevant circumstances in the specific case" or "part of the economic context". In our opinion, trying to find differences in all these denominations lacks usefulness and interest, since if the basis and functionality of our object of study is clear, it is possible to arrive at a reasonable and coherent application of antitrust law, without the need for differences that are more theoretical than practical. Attempts at nuancing, far from responding to real needs, only bring undue complexity that precisely contributes to the opacity of the hermeneutic criterion of the appreciable nature of the restriction of competition.

Through all of the above we come to the final conclusion that minor conducts, understood as acts that are not capable of appreciably affecting workable competition, are an issue of great importance. They are not a residual matter or a mere exception. Rather, they materialize the legal good protected by the regulation and are a consequence of the very purpose of antitrust law. Although it is true that the *de minimis* doctrine or the appreciability test has been relegated to the background in the exercise of antitrust law, both at the European and national levels, there are certain considerations that highlight the fact that our object of study can have (and should

have) a greater impact on the legal regime protecting free competition. We refer in particular to the following arguments:

*First. The unstoppable trend towards a more economic (realistic) approach to competition law.* Antitrust law has a very strong economic component. This is because judging the behavior of companies simply by means of criteria designed outside the specific market concerned and the structure that prevails in it (*ex ante* judgment) is untenable. It is true that a formalistic conception is easier to apply and leads to more predictable solutions. It should not be overlooked that this simplification is detrimental to economic reality though. The appreciability test is in line with this trend and should be given greater prominence as it leads to a more realistic application of competition law. The *de minimis* doctrine is therefore the antithesis of formalistic antitrust law, which is now truly outdated.

*Second. The case law of the Court of Justice of the European Union warns that conduct cannot be assessed in the abstract, but on a case-by-case basis.* Another argument by virtue of which we consider that it is undesirable to discard the appreciability test in certain unlawful acts, such as agreements restrictive of competition by object or abuse of a dominant position, is the case law that states that a restriction of competition cannot be judged in the abstract, but according to the specific case. Thus, it is one thing that an analysis of the effects is not required on certain occasions, and another that it must be assumed *iure et de jure* that there is damage or danger to the protected legal good. If the ability to affect competition in a significant or appreciable way is not taken into account, in fact, the judgment is being made in the abstract, abstracted from the specific case, which is not in accordance with the Court of Justice's case law. Hence, the *de minimis* doctrine is a criterion of justice, insofar as it prevents situations that do not harm the legal good from being treated identically to those that do.

*Third. Antitrust law should pursue and protect a dynamic conception of competition, not merely a static one.* Too often it is understood that competition law protects static competition and that its purpose is to achieve the lowest possible prices. However, it may be more interesting to conceive of antitrust law as an instrument that protects dynamic competition, i.e. an outcome that maximizes social welfare in the long run, which is not just about the quantity of goods and services and prices, but also takes into account other factors such as innovation. From this perspective, it makes no sense for antitrust regulations to prohibit and prosecute conduct that does not have the capacity to affect this dynamic conception of competition. In fact, in most cases, *de minimis* conduct is likely to be neutralized by the dynamism of the market itself.



Therefore, the appreciability test is the opposite of a purely static view of competition, so that it allows taking into account the expected evolution of the affected market.

*Fourth. The application of the principles of the sanctioning power.* Finally, it should be borne in mind that the principles of criminalization, taxation and the existence of indeterminate legal criteria require that the type be defined in such a way that public sanctioning law does not intervene when it is not necessary. It should not be overlooked that what is prohibited by antitrust law is a limit to the freedom of enterprise. This inhibition of a fundamental right is more than justified when workable competition is damaged or endangered. But in the opposite case, we are faced with unbridled public intervention that unnecessarily interferes with business activity. The *de minimis* doctrine, therefore, is a guarantee of justified, measured and proportional public intervention in the market.

Through this research, we have tried to offer, in short, a systematic interpretation of the *de minimis* doctrine that is coherent and respectful with the case law directly related to the object of study and with other legal institutions that are affected. This harmonization of the different European and national pronouncements is inspired by a more economic approach to antitrust law and by a rigorous and demanding application of the *ius puniendi* of the State. However, this does not mean that it lacks empathy with the sanctioning authorities. The rebuttable presumptions and the relaxation of the burden of proof that exists in certain cases are respected, without restricting an exercise that respects the particularity of the case and the right of defense of the parties subject to the administrative procedure.

## BIBLIOGRAFÍA

### A

AA.VV., *Comentario a la Ley Española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, Sociedad de estudios y publicaciones, 1964.

AA.VV., *Competition Law in the European Union, its member States and Switzerland*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2000.

AA.VV., *Cartels and leniency review* (eds. BURETTA, J y TERZAKEN,J), 7<sup>th</sup> ed, London, Law Business Research, 2019.

AA.VV., *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coord. CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

AA.VV., *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dir. RUIZ PERIS, J.I), Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

AA.VV., *The private competition enforcement review* (ed. GOTTS, I), London, Law Business Research, 2019.

AA.VV., *Private regulation and enforcement in the EU* (eds. COCK BUNING, M y SENDEN, L), Oxford, Hart Publishing, 2020.

AA.VV., *Resarcimiento de daños por infracción de las normas concurrenciales en el Real Decreto-Ley 9/2017 de Transposición de la Directiva 2014/104/UE* (dir. GÓMEZ TRINIDAD, S), Madrid, Marcial Pons, 2021.

ABDUL RAHMAN, N y AHAMAT, H., *Competition Law in Malaysia*, Subang Jaya, Sweet and Maxwell Asia, 2016.

ADAMS, W., "The "Rule of Reason": Workable competition or workable monopoly?", *Yale Law Journal*, núm. 63, 1954.

AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

— “The Court of Justice’s *Expedia* ruling undermines the economic approach by eliminating the *de minimis* doctrine defence in object agreements”, *Competition Law and Policy blog*, 4 de junio, 2013.

ALBAEK, S y CLAICI, A., “The *Velux* case: an in-depth look at rebates and more”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2009.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Competencia desleal por infracción de normas”, *RDM*, núm. 202, 1991.

— “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una visión privatista del derecho antimonopolio”, *Indret*, núm. 253, 2004.

— “Los acuerdos: ¿autorización individual o exención legal?”, en AA.VV (dirs. MARTÍNEZ LAGE, S y PETITBÒ JUAN, A), *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

— “Los juristas (españoles) y el análisis económico del Derecho”, *Indret*, núm. 1, 2007.

— “Los cárteles de chichinabo no deben prohibirse”, *Blog Derecho Mercantil España*, 29 de abril, 2011.

— “Restricciones por el objeto y restricciones por el efecto”, *Almacen de Derecho*, 15 de enero, 2016.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J y BAÑO FOS, J. M., “El asunto *Cartes Bancaires*”, *Almacen de Derecho*, 8 de abril, 2016.

ALLAN, B., “Loyalty and fidelity rebates: a sense of deja vu again”, *Competition Law and Policy debate*, Vol. 1, núm. 1, 2015.

ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *GJUE*, núm. 241, 2006.

ALLENDESALAZAR CORCHO, R y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P., “Las conductas prohibidas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *GJUE*, núm. 1, 2008.

ALLENDESALAZAR CORCHO, R y VALLINA ÁLVAREZ, R., “Una interpretación “castiza” de la Regla *de minimis*. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009”, *GJUE*, núm. 14, 2010.

— “Artículo 2 de la LDC: Abuso de posición de dominio. De julio de 2008 a julio de 2009”, en AA.VV (coord. BACHES OPI, S), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Balance de aplicación*, Madrid, La Ley, 2010.

ALONSO NUEZ, M. J y ROSELL MARTINEZ, J., “Competencia imperfecta, regulación y política de defensa de la competencia”, *Economía Aragonesa*, junio, 2015.

ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia en España”, *Información Comercial Española*, núm. 750, 1996.

— “La modificación de la Ley española de Defensa de la Competencia”, *GJUE*, núm. 122, 1997.

— “El interés público en la defensa de la competencia”, en AA.VV (dirs. MARTÍNEZ LAGE, S y PETITBÒ JUAN, A), *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

— “La nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *RDCD*, núm. 1, 2007.

— “El falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en AA.VV (coord. DÍEZ-PICAZO, L), *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor José María Miquel* (vol. I), Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2014.

— “Lección 14. Derecho de la competencia (I)”, AA.VV (dirs. MENÉNDEZ, A y ROJO, A), *Lecciones de Derecho mercantil*, Vol. I, 18ª ed, 2020.

ALVIN SNG, Y., “The distinction between “object” and “effect” in EU competition law and concerns after *Groupement des Cartes bancaires*”, *ECLR*, Vol. 37, núm. 5, 2016.

AMARO, R y NIHOUL, P., *Private enforcement of competition law in Europe*, Brussels, Bruylant, 2021.

ARCELIN-LÉCUYER, L., *Droit de la concurrence: Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2013.

ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991.

ARMIJO CHÁVARRI, E., “Actos de competencia desleal prohibidos por la Ley 15/2007”, en AA.VV (coord. CREUS, A), *La Ley 15/2007 de Defensa de la*

*Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*, Madrid, La Ley, 2008.

## B

BACHES OPI, S., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Derecho de la competencia desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007”, en AA.VV (coord. BACHES OPI, S), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Balance de aplicación*, Madrid, La Ley, 2010.

BAENA, R., “Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, en AA. VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2017.

BAHAMONDE DELGADO, R., “El derecho de la competencia y los derechos de propiedad intelectual en la Unión Europea y España”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 16, 2012.

— “El poder de mercado y su relevancia en el Derecho de la competencia europeo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013.

BAILEY, D., “Presumptions in EU Competition Law”, *ECLR*, Vol. 31, núm. 9, 2010.

— “Restrictions of competition by object under article 101 TFEU”, *CMLRev*, núm. 49, 2012.

BALASINGHAM, B., *The EU leniency policy: reconciling effectiveness and fairness*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2017.

BAÑO FOS, J. M., *The dogmatic of article 101 TFEU and information exchanges*, Madrid, Iustel, 2018.

BARATTA, A., *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, B de F, 2004.

BARAZZA, S., “Post Danmark: The CJEU Calls for an Effect-Based assessment of pricing policies”, *JECL&P*, Vol. 3, núm. 5, 2012.

BARDUSCO, T y JUVIGNY, O., “Budapest Bank: New light shed on the notion of restriction of competition by object”, *JECL&P*, Vol. 11, núm. 3-4, 2020.

BARR, F., “The new Commission Notice on Agreements of Minor Importance: is appreciability a useful measure?”, *ECLR*, núm. 4, 1997.

BARRANTES DÍAZ, B., “Conductas colusorias”, en AA.VV (Dir. Odriozola, M), *Derecho español de la competencia*, t. I, Barcelona, Bosch, 2008.

— “Dos años de aplicación del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Balance y asuntos más destacados”, en AA.VV (coord. BACHES OPI, S), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Balance de aplicación*, Madrid, La Ley, 2010.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La prueba en el procedimiento administrativo*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006.

BEJCEK, J *et al.*, *Competition Law in the Czech Republic*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2015.

BELLAMY, C y CHILD, G., *Common Market Law of Competition*, 1<sup>th</sup> ed, Sweet & Maxwell, London, 1973.

— *Derecho de la competencia en el Mercado Común* (trad. PICAÑOL, E), Madrid, Civitas, 1992.

BELLAMY, C., “Restriction of competition: a historical perspective”, en AA.VV (eds. GERARD, D.; MEROLA, M., y MEYRING, B), *The notion of restriction of competition: Revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Brussels, Bruylant, 2017.

BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., “La definición del mercado relevante en la aplicación de las normas de la competencia. Análisis de la Comunicación de la Comisión”, *GJUE*, núm. 129, 1997.

— “Los acuerdos de menor importancia en la nueva Comunicación de la Comisión”, *NotUE*, núm. 169, 1999.

BENAVIDES VELASCO, P., “Sentencia de 16 de abril de 2012: Prácticas restrictivas de la competencia. Exención por categorías y acuerdos *de minimis*”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 90, 2012

— “Algunos problemas concurrenciales -y actuales- relativos a la integración vertical en la distribución de hidrocarburos”, *ADI*, t. XXXVIII, 2017-2018.

BENEYTO PÉREZ, J. M y TRONCOSO FERRER, M., “Objeto, evolución y perspectivas del Derecho de la competencia”, en AA.VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *Tratado de Derecho de la Competencia*, 2ª ed, Tomo I, Barcelona, Bosch, 2017.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A., “La formación del Derecho de la competencia”, *ADI*, t. II, 1975.

— “La competencia desleal”, *DN*, núm. 20, 1992.

— *Apuntes de Derecho mercantil*, 9ª ed, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

BERENGUER FUSTER, L., “Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia”, *GJUE*, núm. D-29, 1998.

BERENGUER FUSTER, L y COSTAS COMESAÑA, J., “Comentarios a la regulación de las conductas restrictivas de menor importancia en España”, *ADI*, t. XXVIII, 2007-2008.

— “Derecho de la competencia y contratos de distribución”, en AA.VV (eds. ALONSO UREBA, A; VELASCO SAN PEDRO, L; ALONSO LEDESMA, C; ECHEVARRÍA SÁENZ, M y VIERA GONZÁLEZ, A. J), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010.

BERENGUER FUSTER, L y GINER PARREÑO, C. A., “Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *DN*, núm. 114, 2000.

BERGQVIST, C., “What does an appreciable negative effect on competition mean?”, *ECLR*, Vol. 42, núm. 9, 2021.

BISHOP, S., “Snake-Oil with mathematics is still snake-oil: why recent trends in the application of so-called sophisticated Economics is hindering good Competition Policy Enforcement”, *ECJ*, Vol. 9, núm. 1, 2013.

BLÁNQUEZ, L y ROGERS, M., “Los asuntos *Glaxo Wellcome* e *Irish Beef*: ¿Qué acuerdos tienen por objeto restringir la competencia en Derecho comunitario?”, *GJUE*, núm. 12, 2009.

BLASSELEE, R., *Traité de droit européen de la concurrence*, Tome I, Paris, Editions Publisud, 2002.

BLÖNDAL, M., *The legality on rebates under Post Danmark II*. Master Thesis dirigida por NOWAG, J, Lund University, Sweden, 2016.

BONFIELD, L *et al.*, *European Business Law. Representing clients doing business in the European Union*, United States, West Academic, 2018.

BORK, R., “Vertical integration and the Sherman Act: The legal history of an economic misconception”, *University of Chicago Law Review*, núm. 22, 1954.

— “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price fixing and market division”, *Yale Law Journal*, núm. 775, 1965.

BOUTARD-LABARDE, M.C y SAINT-ESTEBEN, R., “Réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence”, *La semaine juridique. Edition entreprise*, núm. 5, 15406, 1989.

BRANKIN, S. P., “The substantive standard behind the object/effect distinction post-*Cartes Bancaires*”, *ECLR*, Vol. 37, núm. 9, 2016.

BRIGHT, C., “EU competition policy: rules, objectives and deregulation”, *Oxford journal of legal studies*, Vol. 16, núm. 4, 1996.

BROKELMANN, H., “Defensa de la Competencia. Una nueva ley”, *El notario del siglo XXI*, núm. 11, 2007.

BROOK, O., “Struggling with article 101(3) TFEU: diverging approaches of the Commission, EU Courts and five competition authorities”, *CMLRev*, Vol. 56, núm. 1, 2019.

BROWN, H y HIRSCH, G., *Cartel law of the european Economic Community*, London, Butterworths, 1963.

BRUZZONE, G y CAPOZZI, S., “Restrictions by object in the Case Law of the Court of justice: In search of a systematic approach”, en AA.VV, (eds. BENACCHIO, G. A. y CARPAGNANO, M), *L’Applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell’Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución comercial, restricciones verticales de la competencia y regla de la razón: delimitación conceptual y tratamiento en el Derecho comunitario Europeo*. Tesis doctoral dirigida por LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1999.

BULLARD GONZÁLEZ, A., *Competition Law in Peru*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2017.



C

CALVIÑO, N., “El proceso de modernización de la política de competencia en España”, *GJUE*, núm. 241, 2006.

CAMESASCA, P y VAN DEN BERGH, R. J., “Achilles uncovered: revisiting the European Commission’s 1997 market definition notice”, *The Antitrust Bulletin*, núm. 45, 1997.

CAMPO FANLO, C., “Tratamiento de las conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y en el Reglamento que la desarrolla”, en AA.VV (coord. CREUS, A), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*, Madrid, La Ley, 2008.

CARBAJO CASCÓN, F., “Artículo 15. Violación de normas”, en AA.VV (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.

— “Introducción al Derecho de la competencia: Principios, funciones y alcance”, en AA.VV (coord. CARBAJO CASCÓN, F), *Manual práctico de Derecho de la Competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

CARLI, C y PARDOLESI, R., “Intel and the tale of rebates: The (more) economic approach to the rescue”, *ENR: Antitrust*, núm. 10, 2017.

CARLIN, F., “Vertical restraints: time for a change?”, *ECLR*, núm. 5, 1996.

CARRARA, F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, 10<sup>th</sup> ed, Firenze, Fratelli Cammelli, 1907.

CARRASCO PERERA, A., “El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño”, *RDCD*, núm. 25, 2019.

CASADO NAVARRO., “El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (art. 3 LDC)”, *RDCD*, núm. 22, 2018.

— “Las acciones de daños *stand-alone* y su contribución a la eficacia del Derecho de la Competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 70, 2020.

CASPARI, M., “EEC Enforcement policy and practice: an official view”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 54, núm. 2, 1985.

CASTILLO DE LA TORRE, F., “El artículo 101 TFUE: Los acuerdos prohibidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en AA.VV (coords. PEDRAZ CALVO, M y ORDÓÑEZ SOLÍS, D), *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014.

CASTILLO DE LA TORRE, F y GIPPINI FOURNIER, E., *Evidence, proof and judicial review in EU competition law*, United Kingdom, Edward Elgar, 2017.

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M., “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 LDC: especial consideración al requisito de afectación de interés público”, AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2014*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

CLARK, J.M., “Toward a concept of workable competition”, *American economy review*, vol. 30, núm. 2, 1940.

CLIFTON, M. J y FRANCIS, A., “Back to the future: a narrower interpretation of by object Restrictions”, *ELRep*, núm. 12, 2014.

COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

COMENGE PUIG, M., “Los planes claros y los abusos consentidos”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2006*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

COSTAS COMESAÑA, J., “Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t. XV, 1993.

— *Los Cártels de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1997

— “Crónica crítica de la reforma de la Ley española de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t.XX, 1999.

— “Acuerdos de reducción de capacidad de producción de menor importancia. Comentario a la Resolución del TDC en el caso *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* desde la Ley 52/1999, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *GJUE*, núm. 207, 2000.

— “Los actos desleales contrarios al interés público”, en AA.VV (dir. RUÍZ PERIS, J.I), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

— “Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal”, en AA.VV (coords. BELLO MARTÍN CRESPO, M.P y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009.

— “El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores”, *ADI*, t. XXX (2009-2010), 2010.

— “La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al derecho de defensa de la competencia”, en AA.VV (dir. GUILLÉN CARAMÉS, J), *Derecho de la competencia y la regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Cizur Menor, Civitas, 2011.

CURTO POLO, M. M., “Prohibición de las conductas colusorias (I): Prácticas prohibidas y régimen de exenciones”, en AA.VV (coord. CARBAJO CASCÓN, F), *Manual práctico de Derecho de la Competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

## D

DECOCQ, A y DECOCQ, G., *Droit de la concurrence: Droit interne et droit de l'union européenne*, 8<sup>th</sup> ed, Issy-les-Moulineaux, Lextenso éditions, 2018.

DE EIZAGUIRRE, J. M., “La indispensable reforma del derecho español de la competencia”, *ADI*, t. XXV, 2004-2005.

— “Observaciones al anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t. XXVI, 2005-2006.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.

DE LA VEGA GARCÍA, F., *Responsabilidad civil derivada del ilícito antitrust*, Civitas, Madrid, 2001.

— “Tendencias generales de la evolución del Derecho interno de defensa de la competencia”, *RDM*, núm. 240, 2001.

— “Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre acuerdos de menor importancia (*de minimis*)”, *Blog de Derecho y Competencia*, 2014.

— *La clemencia (leniency) en el derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en caso de cártel*, Madrid, Dykinson, 2017.

DEMSETZ, H., “La economía como guía para la regulación *antitrust*”, *Cuadernos Económicos del ICE*, núm. 18, 1981.

DESAI, K., “The European Commission’s draft notice on market definition: a brief guide to economics”, *ECLR*, núm. 7, 1997.

DIEBOLD, N y SCHÄKE, C., “*De minimis* Exceptions for hard-core restrictions in swiss competition law latest developments in light of the Elmex-decision”, en AA.VV (eds. MATHIS, K y TOR, A), *New Developments in Competition Law and Economics*, Switzerland, Springer, 2019.

DÍEZ ESTELLA, F., “Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las “Merger Guidelines” del Departamento de Justicia de EEUU”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2000*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

— “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, *GJUE*, núm. 213, 2001.

— “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *Diario La Ley*, núm. 6373, 2005.

— “La prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia”, en AA.VV (coord. CREUS CARRERAS, A), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la asociación española de defensa de la competencia*, Madrid, La Ley, 2008.

— “A vueltas con la fijación de precios en la distribución de carburantes (Comentario al auto del Tribunal de justicia de la Comunidad económica europea de 3 de septiembre de 2009, Asunto C-506/07)”, *Diario la Ley*, núm. 7306, 2009.

— “Falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal ¿Hay un futuro posible para el artículo 3 LDC?”, *Blog competencia y regulación*, 25 de febrero de 2017.

DILORENZO, T. J., “The origins of *antitrust*: An interest-group perspective”, *International review of law and economics*, Vol. 5, núm. 1, 1985.

DORRONSORO, C., “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, en AA.VV (dir. Odriozola, M), *Derecho español de la competencia*, t. I, Barcelona, Bosch, 2008.

DREHER, M y KÖRNER, J., “Germany”, en AA.VV (dir. KËLLEZI, P; KILPATRICK, B & KOBEL, P), *Antitrust for SMA undertakings and image protection from no competitors*, London, Springer, 2014.

DREXL, J., “Is there a more economic approach to intellectual property and competition law?”, en AA.VV (ed. DREXL, J), *Research handbook on intellectual property and competition law*, United Kingdom, Edward Elgar, 2008.

DUTZ, M. A y HAYRI, A., “Does more intense competition lead to higher growth?”, *Policy Research Working Paper*, núm. 2320, 2000.

## E

EASTERBROOK, F.H., “The limits of *antitrust*”, *Texas Law Review*, núm. 63, 1984.

— “Vertical arrangements and the rule of reason”, *Antitrust Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 1984.

EATONS, S y O’BRIEN, P., *Competition Law in Ireland*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2017.

ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Acuerdos verticales”, en AA.VV. (dir. VELASCO SAN PEDRO, L.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Madrid, Iustel, 2006.

EILMANSBERGER, T., “Dominance: The lost child? How effects-based rules could and should change dominance analysis”, *ECJ*, núm. 2, 2006.

EMMERICH, V., *Kartellrecht*, 6<sup>th</sup> ed, completamente reelaborada y sustancialmente ampliada del libro “*Wettbewerbsrecht*”, *Colección JuS*, núm. 27, München, Beck, 1991.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “Artículo 15. Violación de normas”, en AA.VV (dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009.

EPSTEIN, E y DOLEV-GREEN, T., *Competition Law in Israel*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2015.

ESTOA PÉREZ, A., “La regulación de las ayudas *de Minimis* en el Derecho comunitario: comentario al Reglamento (CE) nº 1998/2006”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2007.

## F

FASQUELLE, D., *Droit américain et Droit Communautaire des ententes: étude de la règle de la raison*, Paris, Joly, 1993.

FATTORI, P y TODINO, M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Nuova edizione, 2010

FAULL, J y NIKPAY, A., “Article 81”, en AA.VV (dir. FAULL, J y NIKPAY, A.), *The EC Law of competition*, Great Britain, Oxford, 1999.

FELTRER RAMBAUD, L., “Principios de la potestad administrativa sancionadora y del procedimiento administrativo sancionador en el Derecho de la competencia español”, en AA.VV (Eds. ORTIZ BLANCO, L y PASCUAL SEQUEROS, A), *Derecho de la competencia europeo y español*, Vol. III, Madrid, Dykinson, 2002.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L y CALVO CARAVACA, A.L., “Reflexiones en torno al concepto y funciones del Derecho de la competencia”, *GJUE*, núm. 85, 1993.

— *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed, Madrid, Tecnos, 1995.

FERNÁNDEZ-LEGA GARRALDA, C., *Derecho de la competencia. Comunidad europea y España*, Navarra. Aranzadi, 1994.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., “Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 1997*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

— “Conductas prohibidas autorizadas y autorizaciones singulares”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 1998*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

FERNÁNDEZ NOVOA, C., “Significado y delimitación del mercado relevante”, *ADI*, t. VI, 1979-1980.

— “Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: Centenario de la *Sherman Act*”, *ADI*, t. XIII, 1989-1990.

FERNÁNDEZ VICIÉN, C., “La política comunitaria de restricciones verticales”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2000*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

— “Posición de dominio y políticas de precios y descuentos tras *Intel*”, en AA.VV (dir. RECUERDA GIRELA, M.A), *Problemas prácticos y actualidad del derecho de la competencia. Anuario 2015*, Madrid, Civitas, 2015.

— “*Intel*, segunda temporada”, en AA.VV (dir. RECUERDA GIRELA, M.A), *Anuario de Derecho de la competencia 2018*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

— “El principio de lesividad como garantía penal”, *Revista nuevo foro penal*, núm. 79, 2012.

FLAVIO GOMES, L., *Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: contribución al estudio del delito en cuanto “hecho ofensivo típico”, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido*. Tesis doctoral dirigida por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

FLOREA, I., “Contributions towards elucidating the concept of restriction of competition by object”, *International Conference Education and Creativity for knowledge-based society: law*, núm. 12, 2018.

FOLGUERA CRESPO, J., “Relación entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en AA.VV (dir. MASSAGUER, J), *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

FONT GALÁN, J. I., “Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Una interpretación del apartado d) del artículo 3 LPRC”, *RDM*, núm. 143-144, 1977.

— *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Bolonia, Real Colegio de España, 1986.

— *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 1987.

FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.

— “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales”, en AA.VV (coords. FONT GALÁN, J.I y PINO ABAD, M), *Estudios de Derecho de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

FUENTES NAHARRO, M., “Prácticas colusorias entre empresas. Excepciones”, en AA.VV, *Derecho de la competencia*, Cizur Menor, Civitas, 2013.

FURSE, M., “Market definition. The draft Comission notice”, *ECLR*, núm. 6, 1997.

## G

GALÁN CORONA, E., “Evolución del Derecho protector de la libre competencia en España durante 1973”, *ADI*, t. I, 1974.

— *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, Montecorvo, 1977.

— “Capítulo 4. Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión General”, en AA.VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, 1ª ed., Barcelona, Bosch, 2005.

— “Las conductas de menor importancia en la vigente Ley de Defensa de la Competencia”, en AA. VV (coord. GÓMEZ SEGADE, J.A; GARCÍA VIDAL, A y OLIVENCIA, M), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

— “Prohibición de prácticas colusorias”, en AA.VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *Tratado de Derecho de la Competencia*, 2ª edición, Tomo I, Barcelona, Bosch, 2017.

GALEWSKA, E. J., *Competition Law in Poland*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2004.

GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia”, *ADI*, t. XVIII, 1997.

— “Definición del mercado relevante por el Tribunal Supremo”, *GJUE*, núm. 31, 2013.

GARCÍA-PANASCO MORALES, G., “Las infracciones sobre defensa de la competencia: una lectura en clave penal”, *La Ley mercantil*, núm. 67, 2020.



GARCÍA PÉREZ, R., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (a propósito de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de febrero de 2012 *Iberdrola Sur*), *RDCD*, núm. 11, 2012.

GARRIGUES, J., *La Defensa de la Competencia mercantil*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964.

GELFAND, D y BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from Per Se to rule of Reasons Analysis”, *ABA Antitrust Section Fall Forum*, 2017.

GERADIN, D., “The decision of the Commission of 13 May 2009 in the *Intel* case: where is the foreclosure and consumer harm?”, *JECL&P*, núm. 1, 2010.

— “The opinion of AG Wahl in *Intel*: bringing coherence and wisdom into the CJEU’s pricing abuses case-law”, *TILEC Discussion Paper*, núm. 34, 2016.

GHEZZI, F y OLIVIERI, G., *Diritto antitrust*, 2<sup>th</sup> ed, Torino, Giappichelli editore, 2019.

GINER PARREÑO, C. A., “Artículo 1 de la Ley de Defensa de la competencia y *rule of reason* (el caso *ICI Paints España, S.A*”, *DN*, núm. 33, 1993.

GIPPINI FOURNIER, E., “The elusive standard of proof in EU Competition cases”, *World Competition*, Vol. 33, núm. 2, 2010.

GIUSINO, M. P., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, Giuffrè, 1990.

GÓMEZ POMAR, F., “La relació entre normativa sobre protecció de consumidors i normativa sobre defensa de la competència. Una visió des de l’anàlisi econòmica del dret”, *Indret*, núm. 1, 2003.

GÓMEZ SEGADE, J. A., “Panorámica del derecho de la libre competencia en la C.E.E”, *ADI*, t. V, 1978.

— “La nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t. XIII, 1989-1990.

GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Problemas prácticos de la aplicación descentralizada del Derecho de la competencia”, en AA.VV (dirs. ESTEVAN DE QUESADA, C y RUIZ PERIS, J.I), *Derecho europeo de la competencia: Training of National Judges in EU Competition Law*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

— “Prácticas restrictivas de la competencia en la economía colaborativa: las plataformas digitales en busca de puerto seguro para su modelo de negocio”, *RDCD*, núm. 23, 2018.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. M., “La violación de normas *antitrust* como acto de competencia desleal”, en AA.VV (dirs. MIRANDA SERRANO, L.M y COSTAS COMESAÑA, J.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

— “El efecto apreciable sobre el comercio comunitario y el efecto sensible sobre la competencia: Dos reglas *antitrust* condenadas a entenderse”, *REE*, núm. 75, 2020.

GRAHAM, C., “Methods for determining whether an agreement restricts competition: comment on *Allianz Hungaria*”, *ELRev*, núm. 38, 2013.

GRAUEL, H y MACK, W., *Das Mittelstandskartell in der Praxis*, Köln, Deutscher Wirtschaftsdienst, 1979.

GRIFFITHS, M., “A glorification of *de minimis*: The regulation on vertical agreements”, *ECLR*, Vol. 21, núm. 5, 2000.

GUMBIS, J; JUONYS, M; SLEPAITĖ, L y KACERAUSKAS, K., *Competition Law in Lithuania*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2014.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Conductas restrictivas de la competencia y derecho penal”, en AA.VV (coord. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.), *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Granada, Comares, 2017.

GYSELEN, L., “What makes an agreement anti-competitive: lessons from the past”, en AA.VV (eds. GERARD, D.; MEROLA, M., y MEYRING, B), *The notion of restriction of competition: Revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Brussels, Bruylant, 2017.

## H

HALVORSEN BARLUND, I. M., *Leniency in EU competition law*, The Netherlands, Kluwer law international, 2020.

HARNAY, S., y MARCIANO, A., “Posner economics and the law: from law and economics to an economic analysis of law”, *Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 31, núm. 2, 2009.

HARPER, P., “*Groupement des cartes bancaires* judgment: rolling back on the expansion of by object infringements”, *CLJ*, Vol. 14, núm. 4, 2014.

HARRISON, P., “The Court of Justice’s judgement in *Allianz Hungaria* is wrongs and needs correcting”, *CPI Antitrust Chronicle*, núm. 1, 2013.

HAWK, B; BELLAMY, C; JACOBS, F.G y CASPARI, M., “EEC Enforcement policy and practice: panel discussion”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 54, núm. 2, 1985.

HAWK, B., “La révolution *antitrust* américaine. Une leçon pour la Communauté économique européenne?”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 1, 1989.

— “System failure: Vertical restraints and EC competition law”, *CMLRev*, núm. 32, 1995.

HAY, G. A., “Market Power in *Antitrust*”, *Antitrust Law Journal*, núm. 60, 1991-1992.

HAYEK, F., *Los Fundamentos de la Libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1991.

HERRERO SUÁREZ, C., “Gigantismo empresarial en los mercados digitales. Una vuelta a los orígenes y... nuevos desafíos?”, *REE*, núm. 78, 2021

HILDEBRAND, D., *Economic analysis of vertical agreements*, The Hague, Kluwer law international, 2005.

HUERGO LARA, A., *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007.

## I

IBÁÑEZ COLOMO, P y GOVAERE, I., “*De minimis* rule in competition law: An overview of EU and national case law”, *e-Competitions Bulletin*, núm. 45224, 2015.

IBÁÑEZ COLOMO, P y LAMADRID, A., “On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know”, en AA.VV (eds. GERARD, D.; MEROLA, M., y MEYRING, B), *The notion of restriction of competition: Revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Brussels, Bruylant, 2017.

IBÁÑEZ COLOMO, P., “Case C-23/14, *Post Danmark A/S v Konkurrenceradet*: first thoughts on the judgement”, *Chillin’ Competition*, 6 de octubre, 2015.

— “Appreciability and *de minimis* in article 102 TFEU”, *JECL&P*, Vol. 7, núm. 10, 2016.

— “The future of article 102 TFEU after *Intel*”, *JECL&P*, Vol. 9, núm. 5, 2018.

— *The shaping of EU Competition Policy*, Great Britain, Cambridge University Press, 2018.

— “Persistent myths in competition law (II): the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object”, *Chillin’Competition*, 30 de mayo, 2019.

— “Persistent myths in competition law (III): the object box”, *Chillin’Competition*, 15 de julio, 2019.

— “AG Bobek in Case C-228/17, *Budapest Bank* (or the art of consolidating and clarifying the case law on restrictions by object”, *Chillin’Competition*, 5 de septiembre, 2019.

— “Case C-228/18, *Budapest Bank*: all the pieces are now in place (and we know what a restriction is)”, *Chillin’Competition*, 2 de abril, 2020.

ILLESCAS ORTIZ, R y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El campo de aplicación del Derecho de la competencia: los instrumentos jurídicos de la aplicación”, en AA. VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España*, 2ª ed, Tomo I, Barcelona, Bosch, 2017.

IMAMOVIC-CIZMIC, K y GRBO, Z., *Competition Law in Bosnia and Herzegovina*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2018.

IOANNIDOU, M y NOWAG, J., “Can two wrongs make a right? Reconsidering Minimum Resale Price Maintenance in the light of *Allianz Hungaria*”, *ECJ*, Vol. 11, núm. 2-3, 2015.

## J

JONES, A., “Completion of the revolution in *antitrust* doctrine on restricted distribution: Leegin and its implications for EC Competition law”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 53, núm. 4, 2008.

— “The journey toward an effects-based approach under art 101 TFEU. The case of the hardcore restrictions”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 55, núm. 4, 2010.

— “Left behind by modernisation? Restrictions by object under article 101(1)”, *ECJ*, Vol. 6, núm. 3, 2010.

JONES, A y SUFRIN, B., *EU Competition Law, text cases and materials*, 4<sup>th</sup> ed, United Kingdom, Oxford, 2011.

## K

KAPLOW, L., “Burden of proof”, *The Yale Journal*, Vol. 121, núm. 4, 2012.

KAJOVIC, T y GAJIN, D., *Competition Law in Serbia*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2017.

KELLAWAY, R., “Vertical restraints: which option?”, *ECLR*, núm. 6, 1997.

KING, S., “The object box: Law, policy or myth”, *ECJ*, Vol. 7, núm. 2, 2011.

— “How appreciable is object? The *de minimis* doctrine and Case C226/11 *Expedia Inc v Autorité de la concurrence*”, *ECJ*, Vol. 11, núm. 1, 2015.

KOLSTAD, O., “Competition law and intellectual property rights: outline of an economics-based approach”, en AA.VV (ed. DREXL, J), *Research handbook on intellectual property and competition law*, United Kingdom, Edward Elgar, 2008.

— *Object contra effect in Swedish and European Competition Law*, Stockholm, Konkurrensverket, 2009.

KOVAR, R., “Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2, 1987.

## L

LANDES, W. M y POSNER, R., “Market power in *antitrust* cases”, *Harvard Law Review*, núm. 94, 1981.

LARAIA, S., “Parallel universes: assessing the counterfactual in article 81 EC cases”, *CLJ*, Vol. 6, núm. 2, 2007, pp. 150-158.

LASCURAÍN, J.A., “¿Son ahora punibles los cárteles?”, *Almacén de Derecho*, 29 de noviembre, 2019.

LAURILA, M., “The *de minimis* doctrine in EEC competition law: agreements of minor importance”, *ECLR*, Vol. 14, núm. 3, 1993.

LENOIR, N y PLANKENSTEINER, M., “Accords d’importance mineure”, *Kramer Levin*, septiembre de 2014

LIANOS, I, MATEUS, A y RASLAN, A., “Is there a tension between development economics and competition?”, en AA.VV (eds. SOKOL, D, CHENG, T Y LIANOS, I), *Competition Law and development*, California, Stanford University Press, 2013.

LIBERTINI, M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè Editore, 2014.

LOOZEN, E., “The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all (*T-Mobile Netherlands*)”, *ECLR*, Vol. 31, núm. 4, 2010.

— “The requisite legal standard for economic assessments in EU competition cases unravelled through the economic approach”, *ELRev*, vol. 39, núm.1, 2014.

LÖWHAGEN, F., “Descifrando el artículo 101 del TFUE”, *Almacen de Derecho*, 4 de diciembre, 2019.

## M

MAHTANI, M., “Thinking outside the object box: An EU and UK perspective”, *ECJ*, Vol. 8, núm. 1, 2012.

MAMBRILLA RIVERA, V., “Acuerdos de menor importancia”, en AA.VV. (dir. VELASCO SAN PEDRO, L.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Madrid, Iustel, 2006.

MARCO COLINO, S., *Vertical agreements and competition law*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

MARCOS, F., “Comentarios sobre el libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 1998*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

— “La exigencia de sensibilidad del falseamiento de la competencia en la LDC. Notas a propósito de la problemática puesta de manifiesto por la STS de 29 de enero de 2008”, *Diario la Ley*, núm. 7328, Sección doctrina, 2010.

— “A vueltas con la definición de mercado relevante: U.S v. *Bazaarvoice*”, *ADI*, t. XXXIV, 2013-2014.

— “Primeras sentencias de las Audiencias Provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones” *RDCD*, núm. 26, 2020.

MARÍN NARROS, H.D., *Basic handbook on the essentials of EU competition law*, Madrid, Dykinson, 2015.

MARINOVA, M., *Fidelity rebates in Competition Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2019.

MARKHAM, J.W., “An alternative approach to the concept of workable competition”, *The American Economic Review*, vol. 40, núm. 3, 1950.

MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en AA.VV (coords. FONT GALÁN, J.I y PINO ABAD, M), *Estudios de Derecho de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

MARTÍN ARESTI, P., “Comentario a la Sentencia de 4 de noviembre de 1999”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 52, 2000.

MARTÍ MIRAVALLS, J., “Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la competencia”, *RDM*, núm. 279, 2011.

MARTÍN, M. J y OCAÑA, C., “Competencia practicable y regulación”, *Moneda y crédito*, núm. 206, 1998.

MARTÍN MARTÍN, G.A., *Competencia, enriquecimiento y daños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍNEZ ROSADO, J., “Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la Competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?”, *RDCD*, núm. 5, 2009.

MARTORELL ZULUETA, P., “Prueba del daño y aplicación privada de la competencia”, en AA.VV (coord. RUIZ PERIZ, J.I), *La compensación de daños por infracción de las normas de la competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999.

— “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en AA.VV (dir. MASSAGUER FUENTES, J.), *Comentario a la Ley de la Defensa de la Competencia*, 5ª ed, Madrid, Thomson-Civitas, 2017.

MASSARANO, N., “The unclear effects of the Budapest Bank experience”, *ECLR*, Vol. 42, núm. 2, 2021.

MATILLA ALEGRE, R., “La interpretación de los artículos 1 y 5 de la Ley sobre Prácticas Restrictivas en la Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *RDM*, núm. 125-126, 1972.

— “Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el Art. 86 Tratado de Roma”, en AA. VV, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Homenaje a Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991.

MAZIARZ, A., “Do non-economic goals count in interpreting article 101(3) TFEU?”, *ECJ*, Vol. 10, núm.2, 2014.

MCKENZIE, R., *Trust on trial*, Massachusetts, Perseus publishing, 2000.

MEADE, J., “Ireland”, en AA.VV (ed. MAINTLAND-WALKER, J.), *Competition Laws of Europe*, 2<sup>th</sup> edition, Great Britain, LexisNexis, 2003.

MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988.

MESEGUER YEBRA, J., *La tipicidad de las infracciones en el procedimiento administrativo sancionador*, Barcelona, Bosch, 2001.

MIRANDA SERRANO, L. M., *Las concentraciones económicas: derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994.

— “La *rule of reason* en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas”, en AA.VV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 2, Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

— “Restricciones accesorias y prácticas colusorias. (Las *ancillary restraints* y el art. 81 del TCE. A propósito de algunas experiencias jurisprudenciales relativas a cesiones de empresas, franquicias y cooperativas)”, *DN*, núm. 122, 2000.

— “La problemática *antitrust* de los acuerdos de menor importancia. (En especial, tras la Ley 52/1999 de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia)”, *Revista General de Derecho*, núm. 676-677, 2001.

— “La regla *de minimis* en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *DN*, núm. 216, 2008.

— “En el derecho *antitrust* también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”, *RDCD*, núm. 13, 2013.



— “Prácticas colusorias, *ancillary restraints* y *de minimis*”, en AA.VV (dirs. ESTEVAN DE QUESADA, C y RUIZ PERIS, J.I), *Derecho europeo de la competencia: Training of National Judges in EU Competition Law*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

— “Sobre una posible reforma de las normas de control de las concentraciones económicas”, *Diario La Ley*, núm. 9865, 2021.

MIRANDA SERRANO, L.M y PÉREZ MOLINA, M.A., “El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea”, *RDM*, núm. 294, 2014.

MITSOLEGAS, V., *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, trust and the transformation of justice in Europe*, London, Hart Publishing, 2016.

MONTAÑA MORA, M., “El discutido artículo 7 Ley de Defensa de la Competencia”, en AA.VV (dirs. MARTÍNEZ LAGE, S y PETITBÒ JUAN, A), *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

MONTERO ELENA, C. M., “La regla *de minimis*. Significación jurídica”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 52, 2008

MONTI, G., *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

— “The dominance threshold in article 102 TFEU”, en AA.VV (eds. BASEDOW, J y WURMNEST, W), *Structure and effects in EU Competition Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2011.

— “Article 102: sources of interpretation”, en AA.VV (eds. LUIGI PARCU, P; MONTI, G y BOTTA, M), *Abuse of dominance in EU Competition Law: Emerging trends*, UK, Edward Elgar Publishing, 2017.

MOODY, W., “*De jure* and *de facto* divergence: article 101(3) TFEU in troubled waters”, *Bristol Law Review*, núm. 5, 2018.

MORANTE GUERRERO, L. E., “La potestad sancionadora en el derecho administrativo”, en AA.VV (coord. ROJAS RODRÍGUEZ, H.F.), *Derecho Administrativo sancionador*, Breña, Instituto Pacífico, 2017.

MORGAN, T. D y PIERCE, R. J., *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*, 5TH ed, USA, West Academy, 2018.

MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Dykinson, 2018.

MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 8ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

N

NAGY, C.I., “The new concept of anticompetitive object: a loose cannon in EU competition Law”, *ECLR*, Vol. 36, núm. 4, 2015.

— *Competition Law in Hungary*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2016.

NAVARRO SUAY, M.C., “Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto”, *GJUE*, núm. 232, 2004.

— *Las conductas conscientemente paralelas*, Cizur Menor, Civitas, 2005.

NIELS, G., “The *Post Danmark II* judgement: effects analysis in abuse of dominance cases”, *Oxera*, 25 de octubre, 2015.

NOONAN, C., *Competition Law in New Zealand*, Wellington, Thomson Reuters, 2017.

NOURRY, A y HARRISON, D., “The great train victory”, *Competition Law Insight*, 6 de junio, 2017.

O

OLMEDO PERALTA, E., “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (*umbrella pricing*): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la competencia”, *RDCD*, núm. 15, 2014.

— “La discrecionalidad de la Comisión Europea y las ANCS en la tramitación de expedientes de defensa de la competencia: incoación, negociación de compromisos y control de sus decisiones”, en AA.VV (dirs. TATO PLAZA, A; COSTAS COMESAÑA, J; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P y TORRES PÉREZ, F), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Granada, Comares, 2019.

— *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la competencia europeo y español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.

ORTEGA GONZÁLEZ, A., “Restrictions by object and the appreciability test: the *Expedia* Case, a surprising judgement or a simple clarification?”, *ECLR*, Vol. 34, núm. 9, 2013.

ORTIZ BAQUERO, I., “La regla *de minimis* en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”, *Revista e-mercatoria*, núm. 2, 2009.

ORTIZ BLANCO, L., *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 2008.

OTTERVANGER, T.R y VAN DER VOORDE, S. J., “Chapter 9. Competition Law”, en AA.VV (dir. SCHUITS, S.), *Dutch business law. Legal and tax aspects of doing business in the Netherlands*, The Hague, Kluwer Law International, 2004.

## P

PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, en AA.VV (dir. MASSAGUER FUENTES, J.), *Comentario a la ley de la Defensa de la Competencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.

— “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, en AA.VV (dir. MASSAGUER FUENTES, J.), *Comentario a la ley de la Defensa de la Competencia*, 6ª ed, Madrid, Thomson-Civitas, 2020.

PAPP, A *et al.*, “Hungary”, en AA.VV (dir. KËLLEZI, P; KILPATRICK, B & KOBEL, P), *Antitrust for SMA undertakings and image protection from no competitors*, London, Springer, 2014.

PARÉS SALAS, A., “*Qui potest plus, potest minus*. O de la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias inferiores al monto único tasado por ley”, *Revista de Derecho Público*, núm. 124, 2010.

PASCUAL Y VICENTE, J., “Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia”, *DN*, núm. 205, 2000.

— *Diccionario de Derecho y Economía de la competencia en España y Europa*, Madrid, Civitas, 2002.

PATHASARATHY, S., *Competition law in India*, 4<sup>th</sup> ed, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2017.

PATTERSON, M. R., “Market power requirement in *antitrust* rule of reason cases. A rhetorical history”, *San Diego Law Review*, núm. 37, 2000.

PAZ-ARES, C., “Principio de eficiencia y derecho privado”, en AA.VV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 2, Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

PAZZI, M., “*Budapest Bank*: Can a conduct be a restriction by object and by effect?”, *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 4, núm. 3, 2020.

PEEPERKORN, L., “Revision of the 1997 Notice on agreements of minor importance (*de minimis* notice)”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2001.

— “New notice on agreements of minor importance (*de minimis* Notice)”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, 2002.

PELLISÉ CAPELL, J., *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 81 TCE y 6 LEDC*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2002.

PELLISÉ DE URQUIZA, C., “Las conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2007*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

PEREZ NIETO, R y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Volumen I, Madrid, Consejo General del Poder Judicial/Fundación Wellington, 2008.

PETIT, N., “The Advocate General’s opinion in *Intel v. Commission*: eight points of common sense for considerations by the CJEE”, *Concurrence review*, núm. 1, 2016.

— “The case of the European Commission’s curious interpretation of the *Intel* judgement”, *Competition Law and Policy debate*, Vol. 4, núm. 1, 2018.

— *Droit Européen de la Concurrence*, 2<sup>nd</sup> ed, Issy les Moulineaux, Lextenso éditions, 2018.

PINTOS AGER, J., “La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque”, *Indret*, núm. 3, 2001.

POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974.

POSNER, R.A., “The *rule of reason* and the economic approach: reflections on the Sylvania Decision”, *University of Chicago Law Review*, núm. 45, 1977.

— “The Chicago school of antitrust analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 925, 1979.

— “Some uses and abuses of economics in Law”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 4, núm. 2, 1979.

— *Economic analysis of law*, 9<sup>th</sup>, New York, Wolters-Kluwer Law & Business, 2014

POULSEN, S.T., “Denmark”, en AA.VV (dir. KËLLEZI, P; KILPATRICK, B & KOBEL, P), *Antitrust for SMA undertakings and image protection from no competitors*, London, Springer, 2014.

POWER, V., *Competition Law and practice*, Dublin, Tottel Publishing, 2007.

## Q

QUINTÁNS EIRAS, M.R., “Naturaleza jurídica de los contratos de distribución de carburantes y Derecho de la competencia: una ecuación que es necesario resolver”, *ADI*, t. XXXI, 2010-2011.

## R

REBOLLO PUIG, M., “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, en AA.VV (dirs. GUILLÉN CARAMÉS, J y CUERDO MIR, M), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Madrid, Civitas, 2015.

— “Los principios de la potestad sancionadora en la ley española de régimen jurídico del sector público”, en AA.VV (coord. ROJAS RODRÍGUEZ, H.F.), *Derecho Administrativo sancionador*, Breña, Instituto Pacífico, 2017.

RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 4. Las conductas prohibidas”, en AA.VV (dirs. BENEYTO, J.M y MAÍLLO, J), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia: análisis y comentarios*, Barcelona, Bosch, 2009.

RITTER, L; BRAUN, D y RAWLINSON, F., *European competition Law: A Practitioner’s Guide*, Deventer, Kluwer, 1991.

RITTER, L y BRAUN, D., *European competition Law: A Practitioner’s Guide*, 3<sup>th</sup> ed, The Hague, Kluwer, 2004.

RIZZUTO, F y LYNCH, M., “The implications of the *Generics UK* pay for delay ruling of the Court of Justice of the European Union (C307/18) *Generics UK Ltd and others*”, *European Competition and Regulator Law Review*, Vol. 4, núm. 2, 2020.

ROBERTSON, V., “The relevant market in competition law: a legal concept”, *Journal of antitrust enforcement*, núm. 7, 2019.

— *Competition Law’s innovation factor*, Oxford, Hart Publishing, 2020.

— “A new era for *antitrust* market definition”, *Concurrences*, núm. 1, 2021.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, Madrid, La Ley, 2001.

— “Los intereses protegidos por el Derecho comunitario de la competencia. Algunas reflexiones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en AA.VV (dirs. VIERA GONZÁLEZ, A.J; ECHEBARRÍA SÁENZ, M y RUIZ PERIS, J.I.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Madrid, La Ley, 2013.

— “La aplicación del principio de confianza legítima a las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t. XXXIV, 2013-2014.

— “El Tribunal de Justicia, otra vez sobre el concepto de restricción por el objeto: asunto *Toshiba*”, *Competencia y regulación*, 7 de febrero, 2016.

RODGER, B, SOUSA FERRO, M y MARCOS FERNÁNDEZ, F., “A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU *Antitrust* Damages Directive in sixteen Member States”, *Maastricht journal of European and comparative law*, Vol. 26, núm. 4, 2019.

RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso de posición de dominio”, *RDCD*, núm. 21, 2017.

RODRIGO REVILLA, J., “Acuerdos incompatibles con el mercado común. Exenciones de la prohibición”, en AA.VV (coord. LOMA-SORIO, D.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El ilícito *antitrust* como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios”, *GJUE*, núm. 228, 2003.

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “La nueva legislación comunitaria de las ayudas de minimis: el Reglamento (CE) 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001”, *ADI*, t. XXI, 2000.

RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978.

RUIZ PERIS, J. I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Madrid, Civitas, 1991.

— “Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la Competencia español”, *Revista General del Derecho*, núm. 576, 1992.

— “Mercado relevante”, en AA.VV (dirs. ESTEVAN DE QUESADA, C y RUIZ PERIS, J.I), *Derecho europeo de la competencia: Training of National Judges in EU Competition Law*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

RUIZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia práctica de las conductas de menor importancia”, en AA.VV (coords. ORTIZ BLANCO, L y LEÓN JIMÉNEZ, R), *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. IV, Madrid, Dykinson, 2003.

RUPP, F y VANDENBORRE, I., “Restrictions by object or why no restriction has proven more difficult than those that are obvious”, *Global Competition Litigation Review*, Vol. 9, núm. 1, 2016.

## S

SAGRERA RULL, J., “Los acuerdos entre empresas y la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *DN*, núm. 1-15, 1990-1991.

SALELLES CLIMENT, J.R., “Disciplina de los agentes económicos que operan en el mercado”, en AA.VV (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R), *Tratado de contratos*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid, Clares, 1977.

SCHAPIRA, J; LE TALLEC, G y BLAISE, J.B., *Droit Européen des affaires*, Paris, Thémis, 1984.

SCHMITZ, S., “Doch eine Rule of Reason im deutschen Kartellrecht?”, *Wirtschafts und Wettbewerb*, 2002.

SCHNEIDER, U., *Das Bagatellkartell*, Köln, Heymann, 1994.

SCHROEDER, D., “The Green Paper on vertical restraints: beware of market share thresholds”, *ECLR*, núm. 7, 1997.

SCORDAMAGLIA-TOUSIS, A., “New *De minimis* Communication: *De minimis* and by object restriction of competition”, *JECL&P*, Vol. 5, núm. 10, 2014.

SERRANO CAÑAS, J. M., “Los profesionales liberales ante el nuevo Derecho de la Competencia”, *DN*, núm. 130-131, 2001

SIDIROPOULOS, K., “*Post Danmark II*: A clarification of the Law on rebates under article 102 TFUE”, *European Law Blog. News and comments on EU law*, 11 de diciembre, 2015.

SINCLAIR, D., “Abuse of dominant at a crossroads- potential effect, object and appreciability under article 82 EC”, *ECLR*, Vol. 25, núm. 8, 2004.

SIRAGUSA, M., “The millennium approaches: Rethinking article 85 and the problems and challenges in the design and enforcement of the EC Competition rules”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 21, núm. 3, 1998.

SONNBERGER, M., *Die spürbarkeit im europäischen Kartellrecht*, Wien, Verlag Österreich, 2017.

SOUSA FERRO, M., *Market definition in EU Competition Law*, United Kindow, Edward Elgar publishing, 2019.

SUMPTER, M., *New Zealand. Competition law and policy*, Auckland, Wolters Kluwer, 2010.

SVETLICINII, A., “Objective justifications of restrictions by object in *Pierre Fabre*: A more economic approach to Article 101(1) TFEU?”, *ELRep*, núm. 11, 2011.

## T

TANNEBAUM, S., “The concept of the restriction of competition by object and article 101(1) TFUE”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 22, núm. 1, 2015.

TEN KATE, A y NIELS, G., “The relevant market: a concept still in search of a definition”, *Journal of Competition Law and economics*, Vol. 5, núm. 2, 2009.

TOBÍO RIVAS, A. M., “Las exenciones por categorías en el Derecho español de la competencia”, *DN*, núm. 24, 1992.

— *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el derecho comunitario*, Barcelona, J.M. Bosch editor, S.A, 1994.



— “Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria: ¿bases para un cambio?”, *ADI*, t. XVIII, 1997.

— “El libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia: líneas directrices de una nueva normativa española de defensa de la competencia”, *ADI*, t. XXV, 2004-2005.

— “El proceso de reforma de la normativa *antitrust* española: panorámica del anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, t. XXVI, 2005-2006.

— “La nueva ley española de defensa de la competencia: culminación del proceso de modernización”, *ADI*, t. XXVII, 2006-2007.

— “La aplicación del Derecho *Antitrust* de la Unión Europea por una autoridad nacional de la competencia y la comunicación *de minimis*”, *ADI*, t. XXXIII, 2013.

TOFFOLETO *et al.*, *Competition law in Italy*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2014.

TOTH, A., “CJEU Judgement in *Post Danmark II*: Role of economic evidence in competition cases”, *European networks law and regulation quarterly*, núm. 4, 2015.

TOWNLEY, C., *Article 81 EC and public policy*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

TRONCOSO REIGADA, M., “El marco normativo de los ilícitos desleales de trascendencia *antitrust* (reflexiones en torno al art. 7 LDC)”, en AA.VV (coord. IGLESIAS PRADA, J.L.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1996.

TRONCOSO REIGADA, M y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *Competition law in Spain*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2018.

TZOUGANATOS, D., *Competition Law in Greece*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2015.

## U

URÍA GONZÁLEZ, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1973.

URÍA FERNÁNDEZ, F., “Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de la competencia”, *GJUE*, núm. 204, 1999.

## V

VALLINA, R., “¿*De minimis lex non curat o de minimis praetor non curat?*”, *GJUE*, núm. 2, 2008.

VAN BAEL y BELLIS., *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, Giappichelli Editore, 2009

VAN CLEYNENBREUGEL, P., “Article 101 TFEU and the EU Courts: Adapting legal form to the realities of modernization?”, *CMLRev*, núm. 1381, 2014.

VAN DAMME, J., “Application des regles de concurrence aux accords d’exclusivité. Observations sous Cour de justice, 9 juillet 1969, *Franz Völk c. Vervaecke*”, *Cahiers de droit européen*, 1970 pp. 63-87.

VAN DER VIJVER, T y VOLLERING, S., “Understanding appreciability: The European Court of Justice reviews its journey in *Expedia*”, *CMLRev*, núm. 50, 2013.

VAN DER VIJVER, T., *Objective justification and prima facie anti-competitive unilateral conduct: an exploration of the EU Law and beyond*. Tesis doctoral dirigida por OTTERVANGER, T. R y BRONCKERS, M, University of Leiden, Leiden, 2014.

VARGAS ROZO, J. D y PINGARRÓN YÁÑEZ SEDEÑO, J., “Rescatando la definición del mercado relevante en los casos de conductas colusorias”, en AA.VV (dir. CASES, L), *Anuario de la competencia 2015*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

VELASCO SAN PEDRO, L., “Restricción de la competencia”, en AA.VV. (dir. VELASCO SAN PEDRO, L.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Madrid, Iustel, 2006.

VELJANOVSKI, C., “Counterfactual test in competition law”, *CLJ*, Vol. 9, núm. 4, 2010, pp. 436-450.

VENIT, J. S., “Making sense of *post Danmark I and II*: Keeping the hell fires well stoked and burning”, *JECL&P*, Vol. 7, núm. 3, 2016.

VERDEGUER, M., “The EU Court of Justice issues a preliminary ruling clarifying the single economic unit doctrine in private enforcement providing an analysis that has far-reaching consequences on future damages claims across the EEA (*Sumal/ Mercedes Benz Trucks España*)”, *e-Competitions Bulletin*, núm. 103583, 2021.

VEROUDEN, V., “Vertical agreements and article 81(1) EC: the evolving role of economic analysis”, *Antitrust law journal*, Vol. 71, núm. 2, 2003.

VF BOS, P., “The Netherlands”, en AA.VV (ed. MAINTLAND-WALKER, J.), *Competition Laws of Europe*, 2<sup>th</sup> edition, Great Britain, LexisNexis, 2003.

VICIANO PASTOR, J., “La explotación abusiva de la posición de dominio en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, en AA.VV (dir. RUIZ PERIS, J.I), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008.

VICIANO PASTOR, J y MARTÍ MIRAVALLS, J., “Derecho *antitrust* y contrato de agencia: los riesgos significativos e insignificantes del agente en las redes de distribución de carburante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDM*, núm. 280, 2011.

VOILLEMOT, D., “Competition Law in France”, en *Competition Law in the European Union, its member States and Switzerland* (eds. VOGELAAR, F; STUYCK, J y VAN REEKEN, B)., The Netherlands, Kluwer Law International, 2000.

VOLLERING, S., “When a hardcore restrictions is not an object restrictions”, *ECLR*, Vol. 39, núm. 2, 2018.

## W

WAGNER VON PAPP, F. *et. al.*, “Individual sanctions for competition law infringements: pros, cons and challenges”, *Concurrences Review*, núm. 2, 2016.

WAHLIN, M.C., “*Post-cartes bancaires*: restrictions by object and the concept of vertical hardcore restrictions”, *CLJ*, núm. 14, 2014.

WHISH, R., *Competition Law*, 3<sup>th</sup> ed., London-Edinburg, Butterworths, 1993.

— “*Intel v. Commission: Keep calm and carry on!*”, *JECL&P*, Vol. 6, núm. 1, 2015.

— “*Article 102 and de minimis*”, *CLJ*, Vol. 7, núm. 9, 2016.

WHISH, R y BAILEY, D., *Competition Law*, 7<sup>th</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

— *Competition Law*, 9<sup>th</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.

WIJCKMANS, F., *Vertical agreements in EU competition law*, 3<sup>th</sup> ed, Oxford, Oxford University Press, 2018.

WILS, W., “The judgement of the EU General Court and the So-Called more economic approach to abuse of dominance”, *World competition*, núm. 37, 2014.

WINKLER, K., “Counterfactual analysis in predation cases”, *ECLR*, Vol. 38, núm. 8, 2013.

WOLTER, J., “La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal”, en AA.VV (ed. GIMBERNAT, E.), *Omisión e imputación objetiva en el derecho penal: jornadas Hispano-Alemanas de derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como doctor "Honoris Causa" por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994.

## Z

ZABELETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

ZELGER, B., “By object restrictions pursuant to article 101(1) TFEU: a clear matter or a mess, and a critical analysis of the court’s judgement in *Expedia*”, *ECJ*, Vol. 13, núm. 2-3, 2017.

— “By object or effects restrictions: Reverse payment settlement agreements in light of *Lundbeck, Servier and Generics*”, *JECL&P*, Vol. 12, núm. 4, 2021.

ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Cizur Menor, Civitas, 2006.

— “El Reglamento CE 1/2003: licitud y cambios en el control de los pactos anticolusorios”, *Diario La Ley*, núm. 6607, 2006.

— “El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”, *Indret*, núm. 1, 2007.

— “Las reclamaciones de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenciales”, *RDM*, núm. 306, 2017.

## TEXTOS Y DOCUMENTOS LEGALES

- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
- Código de Comercio francés de 1807, versión actualizada.
- Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia (*BOE* núm. 175, de 23 de julio).
- Comunicación de la CE, de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apdo. 1 del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE C-64, de 2 de junio de 1970).
- Comunicación de la CE, de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia que no caen bajo la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C-313, de 29 de diciembre de 1977).
- Comunicación de la CE, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C-231, de 12 de septiembre de 1986).
- Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE* núm 170, de 18 de julio).
- Ley de Defensa de la Competencia italiana, de 10 de octubre de 1990.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (*BOE* núm. 10 de 11 de Enero de 1991).
- Ley de Defensa de la Competencia maltesa, de 23 de diciembre de 1994.
- Recomendación de la CE, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (DOCE, C-107, de 30 de abril de 1996).
- Ley de Defensa de la Competencia húngara, de 31 de diciembre de 1996.
- Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria, de 22 de enero de 1997.

- Ley de Defensa de la Competencia holandesa, de 22 de mayo de 1997.
- Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DOCE, C-372, de 9 de septiembre de 1997).
- Proyecto de reforma, de 30 de enero de 1997, en relación con la Comunicación de la CE de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE C-372, de 9 de diciembre de 1997).
- Comunicación de la CE de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE, C-372, de 9 de diciembre de 1997).
- Ley de Defensa de la Competencia alemana, de 26 de agosto de 1998.
- Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, de 28 de abril de 1999 (DOCE C-132, de 12 de mayo de 1999).
- Reglamento núm. 2790/1999 de la CE, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE C-336, de 29 de diciembre de 1999).
- Reglamento núm. 2658/2000 de la CE, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (C-304, 5 de diciembre del 2000).
- Directrices de la CE sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE C-3, de 6 de enero de 2001).
- Ley de Defensa de la Competencia eslovaca, de 27 de febrero de 2001.
- Ley de Defensa de la Competencia checa, del 4 de abril de 2001.
- Ley de Defensa de la Competencia estonia, de 1 de octubre de 2001.
- Ley de Defensa de la Competencia letona, de 23 de octubre de 2001.
- Comunicación de la CE relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE C-368/13, de 22 de diciembre de 2001).

— Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las CCAA en materia de Defensa de la Competencia (*BOE* núm. 46, de 22 de febrero de 2002).

— Reglamento núm. 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 L-1, de 4 de enero de 2003).

— Ley de Defensa de la Competencia suiza, de 20 de junio de 2003.

— Reglamento núm. 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOCE L-24/1, de 29 de enero de 2004).

— Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio (DOUE C-101, de 27 de abril de 2004).

— Comunicación de la CE sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (DOUE C-56, de 5 de marzo de 2005).

— Ley de Defensa de la Competencia bosnia, de 29 de junio de 2005.

— Ley de Defensa de la Competencia polaca, de 16 de febrero de 2007.

— De Minimis Notice nº18/2007 of the Bundeskartellamt on the non-prosecution of cooperation agreements of minor importance, de 13 de marzo de 2007.

— Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE* núm. 159 del 4 de Julio de 2007).

— Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 (DOUE C-326, de 26 de octubre de 2012).

— Ley de Defensa de la Competencia eslovena, de 11 de abril de 2008.

— Ley de Defensa de la Competencia sueca, de 1 de noviembre de 2008.

— Ley de Defensa de la Competencia búlgara, de 28 de noviembre de 2008.

— Comunicación de la CE en materia de orientaciones sobre las prioridades de control de la CE en su aplicación del artículo 82 del Tratado a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DOUE C-45, de 24 de febrero de 2009).

— Ley de Defensa de la Competencia croata, de 30 de junio de 2009.

— Reglamento núm. 330/2010 de la CE, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L-102, de 23 de abril de 2010).

- Regulación en materia de menor importancia de Croacia, de 7 de enero de 2011.
- Ley de Defensa de la Competencia finesa, de 12 de agosto de 2011.
- Ley de Defensa de la Competencia portuguesa, de 8 de mayo de 2012.
- Código de Derecho económico belga, de 28 de febrero de 2013.
- Ley de Defensa de la Competencia danesa, de 18 de junio de 2013.
- Reglamento núm. 1407/2013, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* (DOUE L-352/1, de 24 de diciembre de 2013).
- Reglamento núm. 316/2014 de la CE, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DOUE L-93, de 28 de marzo de 2014).
- Comunicación de la CE relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C-291, de 30 de agosto de 2014).
- Directiva núm. 1/2019 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (DOUE L-11/3).
- RD 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la UE en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (*BOE* núm. 101, de 28 de abril de 2021).
- Ley de Defensa de la Competencia austriaca de 2005, conforme a reforma del 10 de septiembre de 2021.



## DECISIONES COMUNITARIAS

- DCE de 11 de marzo de 1964, asunto *Grosfillex*.
- DCE de 8 de julio de 1965, asunto *DRU-Blondel*.
- DCE de 17 de septiembre de 1965, asunto *Hummel-Isbecque*.
- DCE de 5 de mayo de 1969, asunto *Convention chauxfourniers*.
- STJUE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH* (asunto C-56-65/66).
- STJUE de 13 de julio de 1966, *Consten and Grundig* (asunto C-58-64/66).
- DCE de 5 de mayo de 1969, asunto *Convention chauxfourniers*.
- Conclusiones del Abogado General GAND, de 3 de junio de 1969, asunto *Volk* (C-5/69).
- STJUE de 9 de julio de 1969, *Völk v. Vervaecke* (asunto C-5/69).
- STJUE de 6 de mayo de 1971, *Société anonyme Cadillon* (asunto C-1/71).
- STJUE de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import Co v. Import Export* (asunto C-22/71).
- STJUE de 14 de mayo de 1975, *Kali und Salz & Kali-Chemie v. Commission* (asunto C-19-20/74).
- STJUE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie* (asuntos acumulados C-40/73 y ss).
- STJUE de 25 de octubre de 1977, *Metro* (asunto C-26/76).
- STJUE de 1 de febrero de 1978, *Miller* (asunto C-19/77).
- STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche* (asunto C-85/1976).
- STJUE de diciembre de 1980, *L'Oreal v. De Nieuwe* (asunto C-31/80).
- STJUE de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française and others v Commission* (asunto C-100-103/80).

- STJUE de 25 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken* (asunto C-107/82).
- STJUE de 8 de noviembre de 1983, *IAZ International Belgium* (asuntos acumulados C-96 a 102, 104, 105, 108 y 100/82).
- STJUE de 9 de noviembre de 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin* (asunto Case-322/81).
- STJUE de 21 de febrero de 1984, *Hasselblad Limited* (asunto C-86/82).
- STJUE de 28 de marzo de 1984, *Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink* (C 29/83 y 30/83).
- STJUE de 30 de enero de 1985, *Bureau National Interprofessional Du Cognac v. Guy Clair* (C-123/83).
- STJUE de 11 de julio de 1985, *Remia BV* (asunto C-42/84).
- STJUE de 10 de diciembre de 1985, *NSO* (asunto C-260/82).
- STJUE de 19 de abril de 1988, *Erauw-jacquery* (C-27/87).
- STJUE de 13 de julio de 1989, *Ministère Public v. Jean-Louis Tournier* (asunto C-395/87).
- STJUE de 28 de febrero de 1991, *Delimitis* (asunto C-234/89).
- Conclusiones del Abogado General EDWARD, de 10 de marzo de 1992, asunto *Automec* (T-24/ 90).
- STJUE de 10 de marzo de 1992, *Societa Italiana Vetro, Fabrica Pisana and PPG Vernante Pennitalia* (asuntos T-68/89 y T-77,78/89).
- STPI de 18 de septiembre de 1992, *Automec* (asunto T-24/90).
- STJUE de 22 de junio de 1994, *IHT Internationale Heiztechnik and Uwe Danzinger v. Ideal Standard and Wabco Standard* (asunto C-9/93).
- STJUE de 15 de diciembre de 1994, *Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs* (asunto C-250/92).
- STJUE de 6 de abril de 1995, *Tréfilunion* (C-148/89).
- STPI de 8 de junio de 1995, *Langnese-Iglo* (asunto T-7/93).
- STJUE de 18 de marzo de 1997, *Guérin automobiles* (asunto C-282/95).
- STJUE de 22 de octubre de 1997, *SCK and FNK* (asuntos T-213/95 y T-18/96).

- STJUE de 28 de abril de 1998, *Javico International v. Yves Saint Laurent Parfums SA* (asunto C-306/96).
- STJUE de 28 de mayo de 1998, *John Deere Ltd* (asunto C-7/95).
- STJUE de 28 de mayo de 1998, *New Holland Ford* (asunto C-8/95).
- STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* (asunto T-374-375/99).
- STJUE de 21 de enero de 1999, *Carlo Bagnasco and others* (asuntos C-215/96 y C-216/96).
- STJUE de 4 de marzo de 1999, *Masterfoods* (asunto C-119/97).
- STJUE de 8 de julio de 1999, *Montecatini* (asunto C-235/92).
- STJUE de 6 de julio del 2000, *Volkswagen* (asunto C-62/98).
- STJUE de 12 de septiembre de 2000, *Pavel Pavlov* (asuntos C-180/98 y C-184/98).
- STJUE de 18 de septiembre de 2001, *Métropole télévision* (asunto T-112/99).
- STJUE de 19 de febrero de 2002, *Wouters* (asunto C-309/99).
- STPI de 28 de febrero de 2002, *Compagnie générale maritime and others* (asunto T-86/95).
- STJUE de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij* (asunto C-238/99).
- STPI de 23 de octubre de 2002, *Van den Bergh Foods* (asunto T-65/98).
- STPI de 19 de marzo de 2003, *CMA CGM and others* (asunto T-213/00).
- STJUE de 11 de diciembre de 2003, *Ventouris Group Enterprises* (T-59/1999).
- STJUE de 6 de abril de 2006, *General Motors* (asunto C-551/03).
- STPI de 2 de mayo de 2006, *O2* (asunto T-328/2003).
- STJUE de 27 de septiembre de 2006, *GlaxoSmithKline* (asunto T-168/01).
- STJUE de 28 de septiembre de 2006, *Brünsteiner and Authohaus Hilgert v. BMW* (C-376 y 377/05)
- STJUE de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax* (asunto C-238/05).

- STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale* (asunto C-324/07).
- STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef Industry* (C-209/07).
- STJUE de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios* (asunto C-260/07).
- Auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009, *Lubricantes y carburantes Galaicos S.L y GALP Energía España, S.A.U* (C-506/07).
- STJUE de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League* (asuntos C-403 y 429/ 08).
- STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo Cosmetique* (sunto C-439/09).
- Conclusiones del Abogado General MAZÁK, de 2 de febrero de 2012, asunto *Tomra Systems* (C-549/10).
- STJUE de 19 de abril de 2012, *Tomra Systems* (asunto C-549/10).
- STPI de 24 de mayo de 2012, *MasterCard Inc j* (asunto T-111/08).
- Conclusiones de la Abogada General KOKOTT, de 6 de septiembre de 2012, asunto *Expedia* (C-226/11).
- Conclusiones del Abogado General VILLALÓN, de 25 de octubre de 2012, asunto *Allianz Hungría* (C-32/11).
- STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Verhuizingen Coppens NV*, (asunto C-441/11).
- STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (asunto C-226/11).
- STJUE de 14 de marzo de 2013, *Allianz Hungría* (asunto C-32/11).
- Conclusiones del Abogado General WAHL, de 27 de marzo de 2014, asunto *Cartes Bancaires* (C-67/ 13).
- STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (asunto C-67/13).
- Conclusiones de la Abogada General, KOKOTT, de 21 de mayo de 2015, asunto *Post Danmark II* (C-23/14).
- STJUE de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark II* (asunto C-23/14).
- STJUE de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija* (asunto C-345/14).
- STJUE de 7 de julio de 2016, *Genentech v. Sanofi* (asunto C-567/14).

- STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corporation* (asunto C-413/14).
- Conclusiones del Abogado General BOBEK, 5 de septiembre de 2019, asunto *Budapest Bank* (C-228/18).
- STJUE de 30 de enero de 2020, *Generics UK* (asunto C-307/18).
- STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (asunto C-228/18).
- STJUE de 8 de julio de 2020, *VQ v. European Central Bank* (T-203/18).
- STGUE de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation* (asunto T-286/09, Renv).

## DECISIONES ESPAÑOLAS

- RTDC de 16 de mayo de 1973, *S.D.C c. Fabricantes de pan de Vitoria* (Expte 97/72).
- RTDC de 6 de diciembre de 1977, *Maderas aglomeradas Taglosa, S.A v. Orember, S.A* (Expte. 137/77).
- RTDC de 15 de noviembre de 1988, *Supermercados Día* (Expte 243/88).
- RTDC de 30 de mayo de 1989, *Rosa de Luxemburgo y otros* (Expte. 247/89).
- RTDC de 30 de enero de 1991, *Wilkhahn, S.A* (Expte. 18/90).
- RTDC de 22 de marzo de 1991, *Bombas de cobalto* (Expte. 8/80).
- RTDC de 6 de marzo de 1992, *Henkel Ibérica, Procter & Gamble y Lever España* (Expte. 306/91).
- RTDC de 8 de julio de 1992, *Aceites de Oliva* (Expte. 294/91).
- RTDC de 3 de noviembre de 1992, *Tecnotrón* (Expte. 16/91).
- RTDC de 10 de junio de 1993, *Gremi de Llibers de València c. Santillana, S.A y Grupo Anaya, S.A* (Expte. 50/93).
- RTDC de 17 de junio de 1996, *Ascensores Málaga* (Expte. 156/96).
- RTDC de 12 de mayo de 1997, *Boletín Ganvam* (Expte. 398/97).
- RTDC de 26 de junio de 1997, *Colegio San Alberto Magno* (Expte. 217/97).
- RTDC de 24 de septiembre de 1997, *Hüls España* (Expte. 400/97).
- RTDC de 19 de enero de 1998, *Cementerio Coruña* (Expte. 264/97).
- RTDC de 9 de febrero de 1998, *Veterinarios a domicilio* (Expte. 368/95).
- RTDC de 13 de marzo de 1998, *Resopal* (Expte. 402/97).
- RTDC de 18 de febrero de 1999, *Prensa de Segovia* (Expte. 434/98).
- RTDC de 4 de mayo de 1999, *Hoteles Hernani* (Expte. 459/99).
- RTDC de 26 de mayo de 1999, *Vileda/Tervi* (Expte. 437/98).

- RTDC de 21 de junio de 1999, *Codorniu/Freixenet* (Expte. 333/98).
- RTDC de 30 de septiembre de 1999, *Bacardi* (Expte. 362/99).
- RTDC de 8 de octubre de 1999, *Farmacias Las Palmas* (Expte. 374/99).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 (recs. 2009/1989 y 2027/1989).
- RTDC de 15 de noviembre de 1999, *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Expte. 249/98).
- RTDC de 8 de marzo del 2000, *Distribuidora industrial* (Expte. 451/99).
- RTDC de 27 de marzo de 2000, *Hardi Internacional* (Expte. 457/99).
- RTDC de 26 de octubre de 2001, *Open english* (Expte. 301/01).
- RTDC de 27 de mayo de 2002, *Colegio de Abogados de Vigo* (Expte. 516/02).
- RTDC de 8 de abril de 2003, *Eléctricas Eriste* (Expte. 535/02).
- SAP de Cáceres, 1 de marzo de 2005 (rec. 334/2005).
- RTDC de 12 de mayo de 2006, *Vendedores de Prensa de Barcelona* (Expte. 517/02).
- STS de 29 de septiembre de 2006 (rec. 6904/2003).
- STS de 24 de noviembre de 2006 (rec. 369/2000).
- SAP de Madrid de 14 de junio de 2007 (rec. 627/2006).
- STS de 26 de junio de 2007 (rec. 9763/2004).
- RCNC de 20 de diciembre de 2007, *Agencia de carga/Correos* (Expte. 703/06).
- RCNC de 22 de febrero de 2008, *Universidad Politécnica de Madrid* (Expte. 2787/07).
- RCNC de 11 de marzo de 2008, *Tu Billete* (Expte. 41/08).
- RCNC de 18 de abril de 2008, *Cámaras de Comercio* (Expte. 50/08).
- RCNC de 23 de septiembre de 2008, *TOTAL* (Expte. 2740/06).
- RCNC de 29 de septiembre de 2008, *AGIP España* (Expte. 2736/06).
- RCNC de 3 de noviembre de 2008, *Animales de compañía* (Expte. 2765/07).

- RCNC de 22 de diciembre de 2008, *Renfe-Adif* (Expte. 82/08).
- RCNC de 28 de enero de 2009, *Rotores* (Expte. 2659/05).
- RCNC de 9 de febrero de 2009, *World premiun rates/Opera* (Expte. 101/08).
- RCNC de 16 de abril de 2009, *Direct recursos* (Expte. 123/08).
- RCNC de 18 de mayo de 2009, *Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias* (Expte. 74/08).
- RCNC de 2 de julio de 2009, *FECSA/ENDESA* (Expte. 2797/07).
- RCNC de 18 de julio de 2009, *La Sexta* (Expte. 151/08).
- Resolución de la Autoridad Gallega de la Competencia de 5 de agosto de 2009, *Cofradía de Pescadores de Illa de Arousa* (Expte. 5/2008).
- RCNC de 15 de septiembre de 2009, *Cerámicas del Principado* (Expte. 95/08).
- RCNC de 10 de noviembre de 2009, *Venta de aceites en grandes superficies* (Expte. 106/09).
- Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 24 de noviembre de 2009, *Horarios Comerciales* (Expte. 11/2009).
- RCNC de 19 de febrero de 2010, *DISA Canarias* (Expte. 2575/04).
- SAN de 13 de junio de 2011 (rec. 450/2009).
- RCNC de 20 de febrero de 2012, *Balearia* (Expte. 310/10).
- STS de 21 de febrero de 2012 (rec. 2121/2008).
- RCNC de 24 de febrero de 2012, *Iberdrola Sur* (Expte. 213/10).
- STS de 16 de abril de 2012 (rec. 436/2009).
- STS de 27 de mayo de 2013 (rec. 1627/2010).
- RCNMC de 23 de enero de 2014, *Especialidades Farmacéuticas Genéricas* (Expte. 437/12).
- RCNMC de 13 de febrero de 2014, *Carrefour* (Expte. 456/13).
- RCNMC de 13 de febrero de 2014, *MSC* (Expte. 478/13).
- RCNMC de 23 de abril de 2015, *TIB Chemicals* (Expte. 483/13).
- RCNMC de 30 de julio de 2015, *LIDL* (Expte. 524/15).



- RCNMC de 25 de septiembre de 2015, *Productores de sal* (Expte. 442/12).
- RCNMC de 29 de septiembre de 2015, *Caixabank* (Expte. 536/14).
- Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 14 de enero de 2016, *Transportes Horizontales* (Expte. 2/2014).
- Resolución de la Comisión Valenciana de Defensa de la Competencia de 14 de marzo de 2017, *Tanatorios Vinalopó* (Expte. 1/2015).
- RCNMC de 12 de septiembre de 2017, *Tanatorios Coslada* (Expte. 12/10).
- Resolución de la Comisión Valenciana de Defensa de la Competencia de 15 de febrero de 2018, *Cacsa* (Expte. 6/2016).
- Resolución de la Autoridad Gallega de la Competencia de 3 de mayo de 2019, *Autotaxi A Coruña* (Expte. 2/2019).
- Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 15 de mayo de 2019, *Calidad Natural* (Expte. 296/2018).
- Resolución de la Comisión Gallega de la Competencia de 26 de diciembre de 2019, *Venta de prensa y revistas al margen del distribuidor exclusivo* (Expte. 10/2019).
- Resolución de la Comisión Gallega de la Competencia de 8 de julio de 2020, *Arriva Noroeste S.L* (Expte. 3/2020).
- Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 16 de octubre de 2020, *Recogida de Aceites CAE* (Expte. 413/2020).
- Resolución de la Comisión Gallega de la Competencia de 15 de diciembre de 2020, *Licitación Transporte Escolar* (Expte. 4/2020).