

LA REGLA DE MINIMIS EN EL ÁMBITO DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA *

Ingrid Ortiz Baquero¹

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	1
1. LA REGLA DE MINIMIS EN EL DERECHO EUROPEO.....	4
1.1. LA AFECTACIÓN SENSIBLE DE LA COMPETENCIA COMO REQUISITO DE TIPICIDAD DE LOS ILÍCITOS ANTITRUST.....	4
1.2. LOS ORÍGENES DE LA REGLA DE MINIMIS.....	5
1.3. LA DENOMINADA «DOCTRINA AUTOMEC».....	9
1.4. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN RELATIVA A LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA DE 2001.....	11
2. LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LIBRE COMPETENCIA.....	16
2.1. LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY 16/1989.....	16
2.2. LOS AVANCES DE LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LAS DUDAS CREADAS POR EL REGLAMENTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	22
3. ¿ES POSIBLE APLICAR UNA REGLA DE MINIMIS EN EL ORDENAMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA COLOMBIANO?.....	35

INTRODUCCIÓN

Como regla general, las prohibiciones de las conductas restrictivas de la competencia (acuerdos colusorios, abusivos y en España además, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales) se encuentran formuladas en términos generales y absolutos².

Una interpretación literal de estas disposiciones podría conducir erradamente a considerar que toda clase de acuerdos de voluntades o relación entre empresas, caen dentro del

* Este artículo fue presentado a la revista el día 1 de julio de 2009 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 4 de diciembre de 2009, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho comercial y Magíster en Responsabilidad contractual y extracontractual, civil y del Estado de la misma Universidad. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Doctoranda del programa de Doctorado en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

² Así ocurre en los arts. 81 y 82 del TCE, en los arts. 1 a 3 de la Ley 15 de 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en España (en adelante LDC), de forma menos explícita, en los arts. 4, 7 y 8 de la Decisión 608 de la Comisión de la CAN e igualmente en el art. 1 de la Ley 155/1959 y en los arts. 45 y 46 del Decreto 2153/1992, éste último adicionado por el art. 2 de la Ley 1360 de 2009, por medio de la cual se dictan norma sen materia de libre competencia.

ámbito de la aplicación de las normas de libre competencia y, en consecuencia, están prohibidos y deben sancionarse³.

Toda vez que esta aplicación extensiva de las normas comporta una limitación excesiva de la autonomía privada y de la libertad contractual⁴ se ha planteado por parte de la

³ Critica con acierto la interpretación extensiva de las normas ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús. “Los acuerdos: ¿autorización individual o excepción legal?”, en: Santiago Martínez Lague y Amadeo Petitbò Juan (edits), *La modernización del Derecho de la Competencia en España y la Unión Europea*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 248, al señalar: “En esta interpretación, estos preceptos prohíben cualquier acuerdo entre empresas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de restringir la competencia, lo que lleva a concluir que el legislador considera que toda la cooperación entre individuos en el mercado ha de realizarse en el seno de la empresa individual, de forma que la cooperación entre empresas deviene sistemáticamente sospechosa”. Da cuenta de esta errada interpretación de las normas comunitarias, GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso., “El nacimiento del principio de minimis en el derecho español sobre la libre competencia”, *Revista Jurídica La Ley*, No. 5, 199. D-260, pp. 2031-2032 al señalar: “La aplicación sistemática por parte de las autoridades comunitarias de la prohibición del antiguo art. 85.1 a cualquier acuerdo que fuera restrictivo, o pudiera serlo de alguna manera, provocó una serie de efectos indeseados. Por un lado, la citada interpretación del precepto generaba una notable inseguridad jurídica, habida cuenta de que virtualmente cualquier contrato comercial podía quedar incurso en la prohibición y, por tanto, ser declarado nulo por los tribunales nacionales: ello fomentó el comportamiento oportunista de no pocas empresas, que veían en el antiguo art. 85.1 la vía más efectiva para escapar de sus obligaciones contractuales cuando estas dejaban de acomodar sus intereses comerciales o estratégicos”. Adicional a este efecto, GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, considera que la interpretación extensiva de las prohibiciones generó la pérdida de fundamento del Derecho antitrust comunitario y una carga de trabajo excesiva para la Comisión (que con anterioridad al Reglamento CE 1/2003 era la entidad que tenía a su cargo con carácter exclusivo, la aplicación del art. 81.3 del TCE y, por ende, la concesión de las autorizaciones singulares). En la misma línea de opinión que venimos comentando, PINTO AGER, Jesús., “La remisión a los reglamentos comunitarios de exención de bloque”, *Indret*, [en línea], julio, 2001, www.indret.es [ref. de 15 de mayo de 2007] destaca que: “Una prohibición excesiva, no sujeta a limitaciones, derivaría en problemas de inseguridad y sobrecarga de los órganos encargados de aplicar el Derecho de la competencia. Es necesario, por tanto, recortar el ámbito de aplicación de la norma para reconducir sus efectos hacia la finalidad buscada: perseguir las prácticas que supongan un menoscabo actual o una amenaza potencial para el funcionamiento de la competencia, para así disuadir las potenciales, pero sólo si son significativas”. Por su parte, DÍEZ ESTELLA, Fernando., “artículo 1 de la LDC”, en: José Massaguer (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Madrid: Thomson Civitas, 2008, p. 35 pone de presente los conflictos que suscita una interpretación extensiva de la prohibición de los acuerdos restrictivos y termina por señalar que la misma resulta inadmisibles: “La constatación práctica de que todo acuerdo por el que se intercambian bienes y servicios implica una cierta restricción a la libertad concurrencial de las partes y, por tanto, a la competencia, lleva a cuestionarse ante semejante prohibición y semejantes efectos, dónde queda la autonomía (privada) de la voluntad y la libertad de empresa consagradas en nuestro ordenamiento por los artículos 1255 CC y los artículos 38 y 10.1 de la Constitución Española. Esta prohibición es, por lo menos tal como ha sido entendida por los órganos encargadas de aplicarla amplísima en su alcance, y una comprensión estricta y descontextualizada de la misma lleva a sospechar de ilicitud cualquier tipo de cooperación entre empresas”.

⁴ En el ámbito europeo, la interpretación extensiva de las prohibiciones de las conductas restrictivas de la competencia, se ha venido superando primero, a través de las reformas introducidas en los reglamentos de exención por categorías; luego, por la expedición de las directrices sobre distintos aspectos y nociones relativas al Derecho de la competencia y, más recientemente, por las normas del paquete de modernización a través de las cuales se han

doctrina la necesidad de buscar mecanismos que permitan que el Derecho antitrust se interprete y se aplique en forma armónica y coherente con el Derecho privado.

Así las cosas, primero los jueces y luego la doctrina, han asumido el deber de establecer límites a las prohibiciones y de promover una aplicación más restrictiva de las mismas. A estos efectos, unos y otros han contribuido a la elaboración de diferentes tesis e interpretaciones cuya finalidad consiste en racionalizar el alcance de las normas que prohíben las conductas restrictivas, a fin de conseguir un justo equilibrio entre la autonomía privada por un lado, y la promoción y defensa de la libre competencia económica, por otro⁵.

Una de las tesis que ha permitido reducir el alcance de las prohibiciones de los acuerdos restrictivos de la competencia, es la denominada regla de *mínimis*, según la cual, sólo las conductas que afectan la competencia de forma significativa o sensible se encuentran comprendidas dentro del ámbito de la prohibición y, por lo tanto, deben ser sancionadas. *Contrario sensu*, aquellas que no restringen la competencia de manera significativa, no caen dentro del ámbito de la norma y, en consecuencia, respecto de ellas, las autoridades competentes no están obligadas a seguir un procedimiento (administrativo o judicial), ni a imponer sanciones de ninguna naturaleza.

En este artículo abordamos de forma descriptiva el estudio de la regla de *minimis* en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la competencia, desde sus orígenes en la jurisprudencia comunitaria europea hasta su actual regulación en este ámbito; luego

introducido criterios de naturaleza económica para la interpretación, análisis y aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE así como de las normas relativas a las concentraciones de empresas. Pese a estos avances aún subsisten algunos problemas, en particular, sobre la forma en que se interpreta y aplica la prohibición del abusos de posición dominante, así, en efecto, lo comenta CANTOS BAQUEDANO, Francisco. “Los abusos de poder de mercado y de la situación de dependencia económica”, en: Santiago Martínez Lague y Amadeo Petitbò Juan (edits.), *La modernización del Derecho de la Competencia en España y la Unión Europea*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 265-284. Precisamente para superar los problemas relacionados con la aplicación del art. 82 del TCE, en diciembre del año 2005 la Comisión publicó el *Discussion Paper* sobre el tema, a través del cual lanzó una invitación pública a los distintos actores económicos para que se pronunciaran sobre la necesidad y los términos en que debería realizarse la reforma a la regulación de los abusos de exclusión [Una descripción de este documento y de su alcance se puede ver en DÍEZ ESTELLA, Fernando. “El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?, *GJUEC*, 2006, No. 242, mayo, pp. 3-25]. El pasado 9 de febrero de 2009, la Comisión publicó la Comunicación C (2009) 864 final, relativa a las “*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*”. A través de esta comunicación se pretende garantizar una aplicación de las prohibiciones de abusos “por exclusión”, más coherente con los fines de orden económico, a la vez que se consigue una racionalización del alcance de estas disposiciones. Tanto el *Discussion Paper* como la Comunicación pueden consultarse en la página web de la Comisión <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html> [ref. de 5 de marzo de 2009].

⁵ Pueden verse sobre estas tesis ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús., “Los acuerdos: ¿autorización individual...”, op. cit., pp. 247-263. Del mismo autor, “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio”, *InDret* [en línea], No. 253, noviembre, Barcelona, 2004, www.indret.com [ref. de 15 mayo de 2008].

abordaremos el alcance y la trascendencia que ha tenido el tema en el ordenamiento jurídico español, primero, bajo la vigencia de la Ley 16/1989 y, hoy día, bajo la de la Ley 15 de 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

Para concluir, plantaremos de manera breve la importancia de la regla de *minimis* en el ámbito colombiano. A pesar de que este tema no ha sido considerado en la reciente Ley 1340/2009, “*Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*” (en adelante Ley 1340/2009), a nuestro juicio requiere de atención, toda vez que permite replantear las finalidades que debe cumplir el Derecho antitrust así como los límites a las actuaciones de los órganos administrativos de control, aspecto éste que reviste especial importancia en el nuevo modelo de autoridad única implementado por la Ley 1340/2009.

1. LA REGLA DE MINIMIS EN EL DERECHO EUROPEO

Empezaremos por señalar el alcance que en la actualidad tiene la *regla de minimis* para comprender la importancia de su estudio. Nos referiremos luego a sus orígenes para identificar la línea de evolución que ha seguido el tema y determinar cuáles son sus perspectivas de desarrollo.

1.1. LA AFECTACIÓN SENSIBLE DE LA COMPETENCIA COMO REQUISITO DE TIPICIDAD DE LOS ILÍCITOS ANTITRUST

Bajo la legislación europea de libre competencia, vigente y modernizada tras la expedición del Reglamento CE 1/2003⁶, la aplicación de las prohibiciones de los acuerdos colusorios y abusivos (arts. 81 y 82 TCE), por los particulares (procedimiento de autoevaluación) y/o las autoridades competentes (Comisión Europea, Autoridades Nacionales de Competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales), es un proceso exigente a través del cual se verifican, en primer lugar, los requisitos de tipicidad de la conducta y, en segundo lugar, los motivos que pueden llegar a justificar su ejecución y, en consecuencia, a excluirla del ámbito de las prohibiciones.

En términos muy generales podemos señalar que las conductas restrictivas vetadas por el Derecho *antitrust* comunitario (acuerdos colusorios y abusivos) tienen en común como elementos de tipicidad general los siguientes: (i) Un elemento subjetivo, dado que se trata de conductas que son desarrolladas por “empresas”, bien de forma individual o bien de manera conjunta; (ii) Un elemento objetivo, que consiste en la afectación sensible de la competencia y, (iii) Un elemento espacial que en el contexto comunitario se refiere a la afectación sensible del comercio entre los Estados miembros⁷.

⁶ DOCE 2003 L 1/1 de 4 de enero.

⁷ Desde luego, al momento de aplicación de las normas, a estos elementos generales habrá que agregar la valoración de los elementos propios de cada conducta, es decir, habrá que distinguir si estamos ante un acuerdo, una práctica concertada o una decisión colectiva y, en caso de encontrarnos ante un supuesto de abuso, será necesario determinar el mercado relevante, la posición que ocupa la empresa dentro del mismo y el carácter abusivo de la conducta.

Nuestro estudio sobre la *regla de minimis* se sitúa en el segundo de los elementos mencionados, es decir, en el relativo a la sensibilidad de la afectación de la competencia, que actualmente se reconoce como un elemento indispensable para que una determinada conducta se pueda calificar como ilícita. Precisamente el análisis de este elemento permite concluir que no todas las conductas restrictivas de la competencia caen dentro de la prohibición y deben sancionarse; por el contrario, sólo deben serlo aquellas que afectan real o potencialmente de manera significativa la libre competencia⁸.

El análisis de este elemento de tipicidad, en los términos que hemos indicado, permite racionalizar el alcance del art. 81 del TCE, pues de una parte, garantiza que esta norma se aplica a muchas menos conductas colusorias y, de otra, hace que el proceso de análisis (autoevaluación) sea más sencillo, en el sentido que una vez comprobado que el acuerdo no cae dentro de la prohibición, no será necesario entrar a verificar su carácter antijurídico⁹. En este orden, le concede a los particulares un mayor espacio para el desarrollo de la autonomía privada.

Adicionalmente, la valoración de la sensibilidad permite a las entidades administrativas y judiciales concentrar su trabajo en el análisis de los comportamientos que en efecto son relevantes desde la perspectiva del orden público económico, logrando así una mayor eficiencia y economía en el desempeño de la función administrativa y judicial.

Sin embargo, el tema de la «sensibilidad» no ha sido siempre un asunto sabido y claro. Si bien de forma temprana la Comisión abordó el tema y luego el TJCE continuó esta línea de estudio, fueron necesarios sucesivos cambios en la regulación para identificar los criterios más adecuados a fin de definir la menor importancia, sus efectos y el alcance de su aplicación.

1.2. LOS ORÍGENES DE LA REGLA DE MINIMIS

Aunque el art. 85 del TCE (actual art. 81 del TCE) no aludía a la sensibilidad, la Comisión, ya durante los primeros años de vigencia de esta disposición, consideró que la “*afectación sensible de la competencia*” era un requisito indispensable para la aplicación de la norma,

⁸ ALLEDESALAR CORCHO, Rafael y MARTÍNEZ-LAGUE SOBREDO, Paloma., “Las conductas prohibidas en la nueva ley de defensa de la competencia”, *GJUEC*, No. 1, nueva época, enero-febrero, 2008, p. 50 señalan que mientras la falta de sensibilidad en la afectación del comercio entre los Estados produce un cambio en la normativa aplicable y en las autoridades que deben examinar la conducta y determinar de ser el caso su sanción; la falta de sensibilidad predicable de la “afectación de la competencia” genera en realidad de verdad una situación de atipicidad de la conducta, por la ausencia de uno de los elementos estructurales de la infracción.

⁹ Finalmente, es importante precisar que la *regla de minimis* no se corresponde con lo que antes de la reforma eran las exenciones individuales a nivel comunitario: No se trata de que un acuerdo estando prohibido sea objeto de autorización a través de la aplicación del art. 81.3 del TCE sino de que el acuerdo en virtud de la regla se sitúa por fuera de la prohibición sin que sea necesario aplicar ningún mecanismo de exención.

por lo que aquellos acuerdos que siendo restrictivos sólo producían en el mercado un impacto insignificante no eran susceptibles de sanción¹⁰.

Siguiendo la línea de análisis trazada por la Comisión, el TJCE abordó el estudio del requisito de la “sensibilidad” en la sentencia de 9 de julio de 1969, asunto *Völk*¹¹. En este fallo el TJCE señaló que un acuerdo de exclusividad podía quedar fuera del ámbito del art. 85.1 del TCE, dada la débil posición que en el mercado de los productos de referencia tenían las partes que habían concurrido a su celebración¹².

Tras las decisiones de la Comisión y la jurisprudencia del TJCE y dada la incertidumbre respecto de los factores a partir de los cuales se podía determinar la afectación sensible de la competencia y su alcance, la Comisión abordó por primera vez la regulación del tema en la 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*¹³.

En esta comunicación la Comisión destacó la importancia de promover la cooperación entre las pequeñas y medianas empresas y la necesidad de regular los acuerdos de menor importancia para hacer efectiva dicha cooperación. En concreto, limitó la aplicación de la *regla de minimis* a los acuerdos de tipo horizontal, se decantó por la aplicación de un criterio cuantitativo (volumen de ventas) para establecer la sensibilidad y precisó que

¹⁰ En este sentido como ejemplos de la doctrina seguida por la Comisión se mencionan: la Decisión 11/3/1964, asunto *Grosfillex*; la Decisión 8/7/1965, asunto *DRU-Blondel* y la Decisión 17/9/1965, asunto *Hummel – Isbecque*. Todas ellas están referidas en VELASCO SAN PEDRO, Luís Antonio (Dir), *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Madrid: lustel, 2006, p. 74. Por su parte, MIRANDA SERRANO, Luis María., “La *regla de minimis* en la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, y su reglamento de desarrollo”, *Derecho de los Negocios*, No. 216, septiembre, 2008, p. 6 y ss, considera que los orígenes de la *regla de minimis* se remontan a la Decisión de la Comisión de 22 de mayo de 1969, asunto *Convenios Calero*, en la que según este autor, el órgano comunitario estimó por primera vez que un acuerdo anticompetitivo no debía sancionarse toda vez que no afectaba de forma sensible la competencia.

¹¹ Son antecedentes importantes de la aplicación de la regla de *minimis* la sentencia del TJCE de 30 de junio de 1966, asunto 56/1965, *Societé Technique Minière*, en la que se precisa: “*il carattere non cumulativo, ma alternativo della presente condizione, sottolineato dalla congiunzione " o ", implica innanzitutto la necessita di prendere in considerazione l' oggetto stesso dell' accordo, tenendo conto delle circostanze economiche in cui esso deve essere applicato . le alterazioni del gioco della concorrenza, contemplate dall' articolo 85, paragrafo 1, devono derivare da tutto l' accordo e da qualche clausola di esso . nel caso in cui l' esame di dette clausole non riveli un grado sufficiente di dannosita per la concorrenza, si dovranno prendere in esame gli effetti dell' accordo, il quale sara colpito dal divieto qualora emerga che il gioco della concorrenza e stato in concreto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile*”. Igualmente, constituye un antecedente importante la sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, asunto C-56 y 58/1964, *consten e Grundig-verkaufs-GMBH* que aborda no sólo los elementos de la prohibición (art. 85.1) sino además los de la exención (art. 85.3 del TCE).

¹² STJCE de 9 de julio de 1969, asunto 5/1969, *Völk*: “*3, e' possibile che un accordo d' esclusiva, sia pure assoluta, non ricada sotto il divieto dell' articolo 85, n. 1, in ragione della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi nella zona protetta*”. La cita se realiza en Italiano, dado que no se dispone de una versión oficial en español.

¹³ DOCE num. C 64 de 2 de junio de 1970.

podrían existir acuerdos que superando los umbrales fijados no afectaban la competencia en forma considerable¹⁴. Por último, la Comisión indicó que las disposiciones de la Comunicación no prejuzgaban la interpretación que sobre el tema podía realizar el TJCE.

Tras esta regulación, el TJCE volvió a pronunciarse sobre el tema de la «sensibilidad» en la sentencia 25 de noviembre de 1971, asunto 22/1971, *Béguelin*, esta vez, no sólo en relación con la afectación de la competencia sino además respecto de la afectación del comercio entre los Estados miembros¹⁵. A esta sentencia le sucedieron otras, a través de las cuales, el elemento «sensibilidad» continuó adquiriendo autonomía e importancia¹⁶.

El rápido avance del tema a nivel jurisprudencial hizo necesaria la modificación de la regulación vigente, esto a fin de hacerla más exhaustiva y brindar mayor claridad y certeza sobre la aplicación de esta doctrina y sus efectos. La actualización del tema se hizo efectiva en sucesivas oportunidades a través de Comunicaciones de la Comisión, entre ellas tenemos:

- a) Comunicación de 26 de diciembre de 1977, *sobre acuerdos de menor importancia*¹⁷. En ella se reiteran los fundamentos utilizados por la Comisión en la Comunicación de 1970 para justificar la regulación de los acuerdos de menor importancia. Se conserva la referencia a los acuerdos entre productores y distribuidores (acuerdos horizontales) así como a los criterios de orden cuantitativo, añadiendo al volumen de negocios (cuya cuantía se incrementa) el criterio de la cuota mercado conjunta de los productos (dentro de los cuales se incluyen los directamente afectados por el acuerdo y además los que se estiman sustitutivos de éstos). También se precisa el concepto de empresa participante y se reitera que algunos acuerdos a pesar de exceder los umbrales fijados en la comunicación pueden no afectar de manera sensible la competencia y, en

¹⁴ Precisó también que además de no estar prohibidos, los acuerdos de menor importancia tampoco dar lugar a declaraciones negativas o a las exenciones singulares, salvo en aquellos casos en que existen serias dudas sobre su alcance y sobre la afectación que el acuerdo podría producir en un determinado mercado.

¹⁵ STJCE de 25 noviembre 1971, asunto 22/71, *Béguelin*: “16/18 c - infine, per essere vietato dall' art. 85, l' accordo deve pregiudicare in modo rilevante il commercio tra stati membri ed il gioco della concorrenza. per stabilire se ricorrano questi presupposti, si deve aver riguardo alla situazione che esisterebbe se l' accordo non fosse stato stipulato. per accertare se un contratto contenente una clausola d' esclusiva ricada sotto detto articolo, si deve quindi tener conto in particolare della natura e della quantità disponibile dei prodotti, della posizione e dell' influenza del concedente e del concessionario sul mercato dei prodotti stessi, del se l' accordo sia unico ovvero faccia parte di un' intesa complessa, del rigore delle clausole destinate a tutelare l' esclusiva o, per converso, della possibilità lasciata ad altri commercianti di trattare gli stessi prodotti mediante riesportazioni o importazioni parallele”.

¹⁶ Vid. sentencias del TJCE de 1 febrero 1978, asunto 17/1977, *Miller*; de 7 de junio de 1983, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, *Musique diffusion française y otros/Comisión*, apdo. 85; de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P, *Deere*, apdo. 77 (TJCE/1998/121); de 28 de mayo de 1998, asunto C-8/95P, *New Holland Ford*, apdo. 91, (TJCE/1998/122); de 28 de abril de 1998, asunto C-306/96, *Javico*, apdo. 17, (TJCE/1998/68); y la sentencia de 21 de enero de 1999, asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96, *Carlo Bagnasco y otros contra Banca Popolare di Novara y otros*, apdo. 34, (TJCE/1999/3).

¹⁷ DOCE C 313 de 29 de diciembre de 1977.

consecuencia, quedar fuera del ámbito de la prohibición. Por último, se mantiene la mención de que la comunicación no prejuzga la valoración que sobre el tema pueda hacer el TJCE.

- b) Comunicación de 3 de septiembre de 1986, *relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apdo. 1 del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea*¹⁸. A diferencia de las anteriores, en esta comunicación la Comisión precisa los efectos de la “menor importancia”: Señala que respecto a esta clase de conductas no se debe adoptar ninguna medida ni de oficio ni a solicitud de parte y que en caso de que las partes pongan en práctica un acuerdo considerando que es de menor importancia, cuando en realidad no lo es, no habrá lugar a la imposición de multas, salvo que haya existido un comportamiento negligente.

A efectos de definir cuando un acuerdo afecta la competencia de manera sensible, hace uso de los criterios de cuota de mercado (referidas, no sólo a los productos, sino también a los servicios) y volumen de negocios (cuya cuantía se incrementa). Nuevamente, se amplía y precisa la noción de “empresa participante”; se añaden los conceptos de mercado de producto y mercado geográfico; se precisa que la regla se aplica tanto a los acuerdos y decisiones de empresas como a las prácticas concertadas; y, se excluyen de la aplicación de la *regla de minimis* los acuerdos desarrollados en mercados en los que la competencia ya se encuentra restringida como consecuencia del efecto acumulativo de acuerdos previos de naturaleza similar.

Esta Comunicación se reformó en el año 1994 (Comunicación 94/C 368/06)¹⁹ con el fin de incrementar el umbral del volumen de negocios de las empresas como criterio para definir la sensibilidad²⁰.

- c) Comunicación de 9 de diciembre de 1997, *relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*²¹. En esta Comunicación la Comisión se decantó definitivamente por el criterio de las cuotas de mercado de las empresas, eliminando las referencias al volumen de negocios y acogió la diferencia entre acuerdos horizontales y verticales, ajustándose en este sentido a la política

¹⁸ DOCE C 231 de 29 de diciembre de 1986. Un comentario general y crítico de esta comunicación puede verse en LAURILA, Maija., “The Minimis Doctrine in EEC Competition Law. Agreements of Minor Importance”. *ECLR*, Vol. 14, No. 3, 1993, pp. 97-104.

¹⁹ DOCE C 368 de 23 de diciembre de 1994.

²⁰ Vid. al respecto los comentarios sobre esta comunicación en MAMBRILLA RIVERA, Vicente., *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Madrid: Iustel, 2006, pp. 74-79, voz Acuerdos de Menor Importancia

²¹ DOCE C 372 de 9 de diciembre de 1997. Sobre los antecedentes de esta comunicación y los cambios que introdujo puede verse BARR, Frances. “The New Commission Notice on Agreements of Minor Importance is Appreciability a Useful Measure?”. *ECLR*, Vol. 18, No. 4, pp 207-213. También, GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando., “La nueva comunicación de la Comisión europea sobre los acuerdos de menor importancia”, *ADI*, Tomo XVIII, 1997, pp. 1023-1030.

comunitaria que en ese momento ya abogaba por un tratamiento más benigno de las restricciones de naturaleza vertical.

A efectos de la definición del mercado introdujo una remisión general a la Comunicación de 9 de diciembre de 1997, *relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*²², armonizando el tema y dando claridad sobre el punto a nivel comunitario.

Estableció por primera vez que junto a los criterios cuantitativos era necesario aplicar otros de orden cualitativo para definir el alcance de la menor importancia. En este sentido, estableció que quedaban fuera del amparo de la *regla de minimis* los acuerdos horizontales que repercutían de manera más grave sobre la competencia así como los acuerdos verticales que tenían por objeto la fijación de precios de reventa o la concesión de una protección territorial absoluta.

Por último, estableció que los acuerdos celebrados por las PYMES²³ se deben considerar como acuerdos de menor importancia.

- d) Finalmente, encontramos la Comunicación de 22 de diciembre de 2001, *“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 CE”*, (en adelante Comunicación de Minimis)²⁴, que actualmente regula la materia. En términos generales, conserva la estructura y el contenido de la Comunicación de 1997, introduciendo modificaciones sobre los umbrales y recogiendo los avances de la jurisprudencia. Comentaremos en detalle el contenido de esta comunicación en el numeral 1.3 *infra*.

1.3. LA DENOMINADA «DOCTRINA AUTOMEC»

Es importante referirnos en este apartado al contenido e interpretación de la sentencia del TPI de 18 de septiembre de 1992, asunto *“Automec”* (TJCE/1992/158) (en adelante sentencia o fallo *Automec*), especialmente por su incidencia en el Derecho español de la libre competencia, en concreto, en lo referente a la regulación de la *regla de minimis*.

En esta sentencia el TPI señaló que la Comisión en el ejercicio de sus funciones puede considerar que un determinado asunto no reviste relevancia desde el punto de vista comunitario y, por lo tanto, puede abstenerse de su estudio y ordenar el archivo de la denuncia. El TPI reconoce que la Comisión no se encuentra obligada a pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de una infracción, ni tampoco a dar curso a todas las denuncias que recibe, excepto respecto de los asuntos que son de su exclusiva competencia²⁵.

²² DOCE C 372 de 9 de diciembre 1997.

²³ Pequeñas y Medianas Empresas.

²⁴ DOCE C 368/13 de 22 de diciembre de 2001.

²⁵ STPI 18 de septiembre de 1992, *Automec*, (TJCE\1992\158): “74. El alcance de las facultades de la Comisión en el ámbito del Derecho de la competencia debe examinarse a la luz del apartado 1

Debido a su importancia, algunas de las consideraciones del fallo *Automec*, han sido precisadas por otras sentencias comunitarias. Así, por ejemplo, se ha establecido que corresponde a la Comisión el deber de dar respuesta a quien ha formulado una solicitud, es decir, la obligación de informar las razones de la desestimación de la denuncia y del archivo del caso²⁶. Igualmente, el TJCE ha dejado claro que la decisión de la Comisión por medio de la cual se desestima una denuncia, no impide que el asunto pueda ser sometido a la valoración de las autoridades de competencia o de los jueces en el ámbito nacional.

La sentencia “*Automec*” insta una doctrina -del mismo nombre- que delimita el alcance de las potestades y competencias de la Comisión a aquellos asuntos que revisten un especial interés en el contexto comunitario y, que por lo tanto, le permite a este órgano comunitario establecer prioridades en el ejercicio de sus competencias y optimizar sus recursos²⁷.

*del artículo 89 del Tratado, que, en este ámbito, constituye la manifestación concreta de la misión general de vigilancia confiada a la Comisión por el artículo 155 del Tratado. (...) dicha misión no implica que la Comisión esté obligada a iniciar procedimientos que tengan como objeto probar posibles violaciones del Derecho comunitario. (...) 76. Como la Comisión no tiene la obligación de pronunciarse sobre si existe o no una infracción, no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, ya que ésta no podría tener más objeto que averiguar los elementos de prueba relativos a si existe o no una infracción que ella no está obligada a declarar. A este respecto, procede recordar que, a diferencia de lo que prevé la segunda frase del apartado 1 del artículo 89 del Tratado, en los casos de las solicitudes presentadas por los Estados miembros, los Reglamentos núm. 17 y núm. 99/63 no obligan expresamente a la Comisión a iniciar investigaciones sobre las denuncias que le sean presentadas. 77. A este respecto, debe señalarse que constituye un elemento inherente al ejercicio de la actividad administrativa la competencia, del titular de una misión de servicio público, de adoptar todas las medidas de organización necesarias para el cumplimiento de la misión que le haya sido confiada, incluida la definición de prioridades, en el marco establecido por la ley, cuando tales prioridades no han sido definidas por el legislador. Así debe ser, especialmente, cuando una autoridad le ha sido confiada una misión de vigilancia y de control tan amplia y general como la atribuida a la Comisión en el ámbito de la competencia. Por tanto, el hecho de que la Comisión conceda diferentes grados de prioridad a los expedientes que le son sometidos en el ámbito de las normas sobre la competencia es conforme a las obligaciones que le impone el Derecho comunitario”. En la misma línea de decisión seguida por la sentencia *Automec* puede verse la sentencia del TJCE de 17 de mayo de 2001, C-449/98 P, *International Express Carriers Conference*, (TJCE\2001\141).*

²⁶ Sobre la obligación de la Comisión de dar respuesta al denunciante a través de una decisión susceptible de ser controvertida judicialmente, se puede consultar la STJCE de 18 de marzo de 1997, asunto C-282/95 P, *Guérin automobiles* (TJCE/1997/53). Sobre la necesaria justificación del rechazo por parte de la Comisión puede verse la STPI de 24 de enero de 1995, asunto T-114/1992, *BEMIN*, apdo. 41. Puede verse además sobre el tema NEGRI, Marcella., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino: Giappichelli, 2006, p. 47 y ss. y la doctrina por ella citada en la nota al pie 139.

²⁷ Aunque el TPI en la sentencia *Automec* definió los criterios a partir de los cuales se podía delimitar el concepto de “interés comunitario”; fue el TJCE el encargado de señalar que tales criterios no eran fijos ni únicos, toda vez que el “interés comunitario” en un ámbito como el Derecho de la competencia requiere siempre del análisis de las circunstancias precisas de cada asunto. Vid. en este sentido la STJCE de 4 de marzo de 1999, asunto C-119/97 P, (TJCE\1999\45).

Erróneamente se ha querido ver en la «doctrina Automec» una *regla de minimis*, cuando en realidad los fundamentos, la finalidad y el alcance de cada una de estas doctrinas es completamente distinto.

Haciendo uso de los términos y de la explicación que realiza ROBERTO VALLINA, podemos señalar que mientras la *regla de minimis* desarrolla la máxima *minimis lex non curat* (la ley no se ocupa de asuntos triviales); en la denominada «doctrina Automec» la máxima aplicable es *minimis praetor non curat* (El pretor no se ocupa de los asuntos triviales)²⁸.

Así las cosas, las conductas amparadas por la *regla de minimis* son conductas atípicas desde la óptica del Derecho antitrust y, por consiguiente, no susceptibles de enjuiciamiento. Por su parte, las conductas que por la aplicación de la «doctrina Automec» son archivadas por la Comisión, no sólo pueden caer bajo la prohibición y por ende ser objeto de un procedimiento -administrativo o judicial-, sino que además pueden dar lugar a la declaración de nulidad del acuerdo y/o de la responsabilidad civil del infractor.

Como tendremos oportunidad de señalarlo, la confusión entre la «doctrina Automec» y la *regla de minimis*, sería el origen de una reglamentación desordenada y confusa de la menor importancia en el ordenamiento español, que sólo ha venido a esclarecerse con la LDC.

1.4. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN RELATIVA A LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA DE 2001

La Comunicación de Minimis se alinea con el nuevo enfoque de análisis económico del Derecho al cual ya estaban adscritos los Reglamentos de exención por categoría modernizados²⁹ y las Directrices de la Comisión sobre los acuerdos verticales y horizontales³⁰.

²⁸ VALLINA, Roberto., “¿De minimis lex non curat o de minimis praetor non curat?”, *GJUEC*, No. 2, nueva época, marzo-abril, 2008, pp. 47-61.

²⁹ Entre otros nos referimos a los siguientes: i) Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales (DOCE 1999 L 336/21, de 19 de diciembre); ii) Reglamento (CE) 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DOCE 2000 L 304/3, de 5 de diciembre); iii) Reglamento (CE) 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (DOCE 2000 L 203/30, de 1 de agosto); y, (iv) Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DOCE 2000 L 304/7, de 5 de diciembre).

³⁰ Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, *Directrices relativas a las restricciones verticales* (DOCE 2000 C 291/1 de 13 de octubre) y Comunicación de la Comisión de 6 de enero de 2001, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal* (DOCE 2001 C 3/2 de 6 de enero).

Lo primero que debe destacarse de esta Comunicación es que regula la sensibilidad en sentido negativo, es decir, que establece los supuestos que no constituyen una restricción sensible de la competencia a los efectos del art. 81 del TCE. En este orden, opta por señalar los acuerdos que de forma automática se consideran excluidos de la prohibición en cuanto no afectan de forma grave la competencia.

Establece además que los acuerdos que exceden los umbrales cuantitativos no afectan *per se* en forma sensible la competencia, siendo necesario un análisis particular de estas conductas a efectos de verificar este elemento de tipicidad. En efecto, dispone la Comunicación:

*“1 (...) 2. En la presente Comunicación, la Comisión establece, mediante unos umbrales de cuotas de mercado, unos criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 81 del Tratado CE. **Esta definición negativa de lo "sensible" no implica que los acuerdos entre empresas que superen los límites establecidos en esta Comunicación restrinjan la competencia de forma sensible. 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 apartado 1 del artículo 81**”.* (La negrita es nuestra).

De la anterior consideración se desprende que la sensibilidad abarca pero no se extingue en la menor importancia del acuerdo; la “sensibilidad” va más allá de la regla de *mínimis*. La “sensibilidad” es la categoría general bajo la cual se analiza la magnitud con que un conducta impacta sobre el funcionamiento competitivo del mercado y su existencia se predica no sólo del requisito de “afectación de la competencia”, sino además de la “afectación del comercio entre Estados miembros”.

En este orden de ideas resulta que no sólo los acuerdos amparados por la *regla de minimis* se encuentran fuera de la prohibición del art. 81.1 del TCE, según lo indica el apartado I.2 de la Comunicación, sino que existen otros acuerdos que sin estar cobijados por esta regla (porque por ejemplo se celebran entre empresas cuyas cuotas de mercado exceden los umbrales fijados en la Comunicación de Mínimos) también se pueden excluir de la prohibición al no afectar de forma significativa la libre competencia³¹.

En conclusión, los acuerdos de menor importancia no afectan de manera sensible la competencia, sin embargo, no todos aquellos que se excluyen de la prohibición del art. 81.1 del TCE son acuerdos amparados por la *regla de minimis*.

³¹ Ver este sentido las Decisiones de la Comisión de 26/5/1978 (DOCE L 157) y de 15/6/1978 RAI/UNITE. Vid. además la STPI de 14 de mayo de 1977, asunto T-77/1977, *Verining van Groothandelaren in Bloemwerkerijprodukten* [citadas por MAMBRILLA RIVERA, Vicente, op. cit., p. 76] y la STPI de 8 de junio de 1995, *Schöller Lebensmittel GmbH and KG.*, apdo. 75 (TJCE\1995\93).

A parte de esta precisión otros varios aspectos de la comunicación merecen un comentario especial:

En primer lugar, tal y como ya se había hecho en el año 1997, el ámbito de aplicación de la *regla de minimis* se precisa a partir de la aplicación de criterios cuantitativos y cualitativos

De acuerdo con la Comunicación de Minimis se excluyen de la prohibición del art. 81.1 del TCE los acuerdos celebrados entre empresas cuyas cuotas de mercado no superen los determinados porcentajes, a saber:

- a. Los acuerdos celebrados entre competidores con una cuota de mercado conjunta que no excede del 10% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo (lit. (a) del punto 7 de la Comunicación);
- b. Los acuerdos celebrados entre no competidores siempre que la cuota de mercado de cada uno de las partes del acuerdo no exceda del 15% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo (lit. (b) del punto 7 de la Comunicación) y
- c. Los acuerdos entre competidores o no competidores cuya cuota de mercado no exceda del 5%, cuando se trate de mercados en los cuales existen redes de acuerdos semejantes, es decir, cuando dentro del mercado de referencia se presente un efecto acumulativo de exclusión por la implementación de acuerdos idénticos o similares (punto 8 de la Comunicación)³².

Según se dispone en el punto 9, la *regla de minimis* se aplica aún cuando las cuotas de mercado del 5, 10 o 15% registren un incremento, siempre que éste sea inferior a dos puntos porcentuales durante un periodo de dos años naturales consecutivos. En caso de dificultad para determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o no competidores se aplicará el umbral del 10%.

De lo dispuesto en los puntos 7 y 8 de la Comunicación se desprende que la sensibilidad con que un acuerdo puede afectar la competencia está ligada a la cuota que tiene el operador en el mercado de referencia, a la cual también se encuentra vinculado su poder de mercado. Es importante destacar que la determinación de las cuotas exige precisar adecuadamente el mercado relevante, ya que puede ocurrir que una empresa de gran tamaño y, por ejemplo, con un volumen de negocios considerable, tenga en un concreto

³² Se indica en la Comunicación de Minimis que es improbable el efecto acumulativo de exclusión cuando menos del 30% del mercado de referencia está cubierto por esta clase de acuerdos. Se recoge así, como ya se había hecho desde el año 1997, la doctrina establecida por el TJCE en la sentencia de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG*, conforme a la cual dentro del análisis de la afectación de la competencia es necesario establecer si existen acuerdos semejantes dentro del mercado de referencia y, en tal caso, si el acceso a éste puede resultar restringido por el efecto cumulativo de dichos acuerdos, siendo necesario en estos casos determinar en qué grado el acuerdo en cuestión impacta sobre las restricciones creadas.

mercado, una cuota pequeña y, por consiguiente, que los acuerdos celebrados en este mercado no afecten en forma relevante la competencia³³.

Así pues, hay que admitir que los factores cuantitativos son útiles siempre que no sean aplicados de forma exclusiva o aislada de las condiciones propias de cada mercado. De otra parte, la Comisión establece en la Comunicación un conjunto de acuerdos a los que no se aplican los umbrales de cuota de mercado. Se trata de acuerdos que por sus efectos especialmente restrictivos no se pueden considerar automáticamente amparados por la *regla de minimis*, a pesar de haber sido celebrados entre empresas que no exceden las cuotas de mercado establecidas en los puntos 7 y 8 de la Comunicación³⁴:

En primer lugar, están excluidos los acuerdos horizontales de reparto de mercados o clientes, los acuerdos que limitan la producción o las ventas y los acuerdos de fijación de precios de venta a terceros (punto 11.1 de la Comunicación de Minimis). En segundo lugar, se excluyen los acuerdos verticales que incluyan alguna de las restricciones especialmente graves -las denominadas cláusulas negras- a las que se refiere el art. 4 del Reglamento CE 2790/1999- (punto 11.2 de la Comunicación de minimis). Y, finalmente, según lo establece en el punto 11.3. los acuerdos celebrados entre competidores que operan en distintos niveles de la cadena de producción o distribución, en caso de que se incurra en cualquiera de las restricciones referidas en los puntos 11.1 y 11.2 de la Comunicación.

Es importante destacar que los acuerdos considerados como de menor importancia por parte de la Comisión, pueden ser juzgados por las autoridades nacionales (autoridades de competencia y jueces) en caso de que ellos afecten la competencia en un mercado nacional. En estos casos, se aplicarán las normas del Estado cuyo mercado ha sido afectado por la conducta restrictiva y será necesario atender los parámetros y criterios

³³ También se critica el nexo causal directo que se pretende establecer entre la cuota y el poder de mercado. En este punto hay que tener en cuenta que no siempre quien tiene una cuota alta de mercado tiene poder dentro del mismo, y no siempre quien tiene una cuota pequeña carece de él. Así por ejemplo, puede ocurrir que un operador tenga poder de mercado aún cuando su cuota dentro del mismo sea muy pequeña, *vgr.* porque es el titular de una marca dominante. También puede suceder que una empresa con una cuota muy elevada carezca de poder de mercado *vgr.* porque desarrolla sus actividades en un mercado sin barreras de acceso y dentro del que existe un número elevado de competidores potenciales. Por estas razones, se considera que en cada caso y entre muchos factores es necesario analizar la estructura del mercado de referencia (geográfico y de producto), las barreras de acceso al mismo, los competidores actuales y potenciales y, desde luego, la cuota de mercado, para establecer si existe o no poder de mercado. Sobre el punto, POSNER, considera que "(...) *para estimar el poder monopolístico o el poder de mercado (...) [resultan importantes diversos factores, como] la elasticidad de la demanda del mercado, la participación en el mercado de la empresa o las empresas que supuestamente tienen poder monopolístico y la elasticidad de la oferta de otras empresas*". Vid. POSNER, Richard., *El análisis económico del Derecho*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica de México, 1992, p. 286.

³⁴ ORTIZ BLANCO, Luís., *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid: Tecnos, 2008, p. 145 indica al respecto "(...) *En efecto, la Comunicación de minimis dispone que los umbrales de cuota de mercado en ella establecidos no serán de aplicación a las restricciones expresamente excluidas. Como ya se ha explicado, 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*".

establecidos por las normas nacionales para determinar la menor importancia de una conducta.

Por lo demás, tal como se indica en el punto 6, lo dispuesto en la Comunicación no vincula a los Tribunales comunitarios aunque desde luego puede servirle de orientación. Luego puede suceder que el TPI y TJCE apliquen la regla a casos que se sitúan por fuera de los parámetros cuantitativos y cualitativos.

A modo de conclusión, podemos considerar que la *regla de minimis* en el contexto comunitario europeo presenta las siguientes características:

- a) La *regla de minimis* alude a un supuesto completamente distinto al que cubre la denominada «doctrina Automec». Ésta se refiere a la potestad de la Comisión para desestimar el estudio de algunos casos y proceder a su archivo en caso de considerar que carecen de relevancia o interés desde la perspectiva comunitaria.
- b) La *regla de minimis* es un supuesto de atipicidad. Los acuerdos restrictivos de la competencia amparados por esta regla se consideran fuera del ámbito de la prohibición (art. 81.1 del TCE) sin que para ello sea necesario un pronunciamiento expreso por parte de las autoridades competentes. Por consiguiente, respecto de ellos no será procedente incoar ningún procedimiento ni habrá lugar a la imposición de sanciones administrativas (Punto 4 de la Comunicación)³⁵.
- c) Conforme al punto I.2 de la Comunicación de Minimis, la sensibilidad no se agota en la aplicación de la *regla de minimis*. Luego, en caso de que el acuerdo exceda los umbrales de los puntos 7 y 8 de la Comunicación o de que se trate de uno de los acuerdos expresamente excluidos, será necesario constatar si la conducta afecta de manera significativa, considerable o sensible la competencia para que resulte procedente su enjuiciamiento y sanción.
- d) El alcance de la *regla de minimis* se determina a partir de la aplicación de un sistema de carácter mixto, que combina un criterio cuantitativo, que tiene como referencia las cuotas de mercado de las empresas que han participado en el acuerdo, con un criterio cualitativo, a partir del cual se indican los acuerdos que no pueden ampararse en la calificación de “menor importancia” a pesar de haber sido celebrados por empresas que no exceden las cuotas de mercado establecidas, dada su naturaleza especialmente restrictiva.
- e) La *regla de minimis* se aplica únicamente a las conductas colusorias, sean éstas acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas (punto 5 de la Comunicación).

³⁵ MIRANDA SERRANO, Luis María., “La regla de minimis...”, op. cit., p. 7: “Es, pues, indubitado que en el Derecho de la unión Europea (sic) las conductas de menor importancia se reputan legales per se y, por ende, no constitutivas de un ilícito antitrust; de donde cabe concluir que la «regla de minimis » responde en Europa a la máxima de *minimis non curat lex* (la ley no se ocupa de asuntos sin importancia) y no tanto (o no sólo) al principio de *minimis non curat praetor* (el pretor no se ocupa de los pequeños asuntos)”

- f) La Comunicación de *Minimis* no excluye que la conducta pueda ser juzgada conforme a las normas de un Estado miembro por parte de las autoridades con competencias para ello (administrativas y judiciales). Tampoco impide la interpretación que sobre el art. 81 del TCE puede emanar de los Tribunales comunitarios.

2. LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LIBRE COMPETENCIA

2.1. LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY 16/1989

La aplicación de la *regla de minimis* en el Derecho español ha estado marcada por debates y posturas encontradas, no sólo en torno a su justificación, sino en relación con los criterios a partir de los cuales se puede definir la menor importancia y, desde luego, el alcance y los efectos de tal calificación.

Al igual que el art. 85 del TCE (hoy art. 81 del TCE), el art. 1 de la Ley 16/1989 no establecía (ni tampoco lo hacen hoy los arts. 1 a 3 de la LDC) como requisito de la prohibición, que el acuerdo restrictivo tuviese una determinada magnitud o entidad. Se entendía entonces, haciendo una interpretación literal de la norma, que la prohibición se refería a toda clase de acuerdos, incluso, aquellos de mínima importancia o de relevancia pequeña³⁶.

Apoyaba esta interpretación lo dispuesto en el art. 3.2 c) de la Ley 16/1989 (en la redacción dada a esta norma por la Ley 52/1999 a través del cual se regulaban las funciones del Servicio de Defensa de la Competencia), conforme al cual los acuerdos de menor importancia podían declararse exentos a través de la concesión de una autorización individual o singular. Se deducía de la norma mencionada que los acuerdos

³⁶ Esta interpretación de la norma se justificaba por la ausencia de un calificativo alusivo al carácter sensible de la afectación de la competencia. Así lo explica COSTAS COMESAÑA, Julio., "Los acuerdos de menor importancia...", op. cit., p. 161 destacando en su nota al pie 23 la doctrina que se decantaba por tal interpretación. No obstante, tal y como reconoce este autor, la carencia de una referencia expresa a la sensibilidad no fue ni ha sido un impedimento para el desarrollo y la aplicación de la doctrina de *minimis* en el ámbito comunitario, razón por la que precisa (vid. p. 160): "(...) es posible otro análisis del artículo 1.1. de la LDC lo demuestra la práctica comunitaria. El TJCE y la Comisión han interpretado que la prohibición del art. 85.1 del TCE requiere un examen en concreto de la medida para evaluar sus efectos sobre el mercado, quedando prohibidas únicamente aquellas conductas que limitan o pueden limitar «sensiblemente» la competencia". En cuanto a los criterios empleados por el TDC -comenta COSTAS COMESAÑA- existía una absoluta falta de claridad, tanto bajo la vigencia de la Ley 110/1963, de *Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, como bajo la aplicación de la Ley 16/1989, pues mientras en algunas resoluciones se reconocía la "sensibilidad de la afectación" como un elemento de la prohibición (Resolución de 30 de mayo de 1989, exp. 247/1989), en otras tantas se negaba este elemento y se defendía el carácter absoluto de la prohibición (Resolución de 6 de marzo de 1992, exp. 2947/1991).

de menor importancia estaban prohibidos, pues sólo puede autorizarse aquello que previamente se califica como ilícito y prohibido³⁷.

El artículo 3.2.c) de la Ley 16/1989 establecía:

“2. Asimismo se podrán autorizar, siempre y en la medida en que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1 , o categorías de los mismos, que: (...) c) **Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia**”.(El énfasis es nuestro).

Esta regulación, compleja de por sí, se hizo aún más confusa a consecuencia de la modificación introducida en la Ley 16/1989 por parte del Real Decreto Ley 7/1996 que incluyó el apdo. 3 del art. 1 y cuya redacción posteriormente modificaría la Ley 52/1999. En la disposición introducida se hacía referencia al tema de la menor importancia de los acuerdos restrictivos de la competencia en los siguientes términos: “*los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, **por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia***”. (La negrita es nuestra).

En consonancia con este apartado, el art. 36 Bis de la Ley 16/1989, introducido igualmente por la Ley 52/1999, disponía que correspondía al Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante SDC) entre otras la siguiente función: “*a) Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas por los arts. 1 y 6 que, **por su escasa importancia, no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia***”. (La negrita es nuestra).

Así pues, mientras el art. 3.2 c) de la Ley 16/1989 señalaba que los acuerdos de *minimis* eran conductas prohibidas pero susceptibles de autorización; los arts. 1.3 y 36 Bis de la misma ley establecían una especie de inmunidad administrativa, conforme a la cual, tratándose de los acuerdos de menor importancia las autoridades de competencia podían optar por no iniciar las investigaciones correspondientes o por sobreseer las que se encontraban en curso.

No estaba claro entonces el alcance de la menor importancia, es decir, no estaba definido si el acuerdo se podía considerar lícito y por tanto fuera del ámbito de la prohibición del art. 1 de la Ley 16/1989 o si, por el contrario, debía considerarse prohibido pero sin que fuera susceptibles de investigación o sanción desde el punto de vista administrativo³⁸.

³⁷ Un comentario general sobre el alcance de la mencionada disposición de la Ley 16/1989 puede verse en COSTAS COMESAÑA, “los acuerdos de menor importancia...”, op. cit., pp.153-164. Respecto al análisis de la norma como antecedente de la regulación actualmente vigente puede consultarse VALLINA, Roberto, op. cit., p. 57.

³⁸ Vid. Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia puntos 122 y 123. Por su parte VALLINA, Roberto., op. cit. p. 58 afirma en relación con la normativa entonces vigente (art. 1.3, 3.2 y 36 Bis de la ley 16/1989) que ésta “(...) creaba un sistema de normas en el que los acuerdos de escasa importancia eran regulados mediante dos bloques de normas

Si atendemos a los arts. 1.3 y 36 BIS de la Ley 16/1989, estaremos de acuerdo -como la mayoría de la doctrina española- en que más que una *regla de minimis* a través de ellos lo que había hecho el legislador era regular la llamada «doctrina Automec», de conformidad con la cual se permitía a las autoridades administrativas (SDC y TDC) definir las prioridades de su actividad a fin de evitar el desgaste de recursos en el estudio y análisis de conductas (acuerdos colusorios y abusivos) que no tenían un efecto grave o considerable sobre la competencia³⁹.

El alcance de la menor importancia resultaba vital al momento de definir los efectos civiles que derivaban del carácter anticompetitivo del acuerdo, pues en caso de admitirse la licitud del acuerdo no resultaba procedente ni la declaración de nulidad ni la acción de

autónomas con finalidades distintas e incluso contradictorias». También alude al tema BARRANTES, Begoña., «Comentarios al art. 1 de la LDC», en: Miguel Odriozola (Dir.) y Belén Irissarry (coord.), *Derecho Español de la Competencia*, Tomo I, pp. 24-25 que a partir del análisis de diferentes decisiones (resoluciones) del TDC distingue tres alternativas así: Mientras en algunas decisiones la menor importancia tenía como efecto la exclusión del acuerdo, en otros casos el TDC estimaba que el efecto era su no persecución y, en otros más, simplemente la reducción de la sanción imponible por su ejecución.

³⁹ Como lo comentan ALLEDESALAR CORCHO, Rafael y MARTÍNEZ-LAGUE SOBREDO, Paloma., «Las conductas prohibidas...», op. cit., p. 51, esta incorrecta asimilación de la «doctrina Automec» a la *regla de minimis*, se mantuvo en el curso del proceso de reforma a la Ley 16/1989. En el mismo sentido, VALLINA, Roberto, op. cit., p. 57. haciendo referencia a la modificación introducida en el año 1996, es decir, a la inserción del apdo. 3 del art. 1 de la Ley 16/1989 señala: *“El TDC declaraba en consecuencia que existía una práctica prohibida pero decidía no perseguir la conducta, sobreseyendo el expediente. Al declarar que existía una conducta prohibida, pero no perseguirla, el TDC venía, en definitiva, a rechazar que el carácter apreciable de la restricción fuera uno de los elementos de la prohibición del art. 81 TCE, limitando la cuestión a una facultad de la Administración de perseguir o no las conductas de escasa importancia. Esto suponía un enfoque completamente distinto del que habían seguido las autoridades comunitarias hasta el momento”*. Sobre la aplicación de la menor importancia entendida como la facultad de las entidades administrativas de “no perseguir” las conductas restrictivas que tenían un impacto mínimo sobre la competencia («doctrina Automec») pueden verse, entre otras, la resolución del TDC de 24 de septiembre de 1997, *Hüls España* y la resolución del TDC de 12 de mayo de 2006, de la cual destacan las consideraciones hechas en el FD 3: *“Delimitado el ámbito del acto impugnado, corresponde analizar las razones y fundamentos aducidos por el Servicio para la aplicación en el presente caso de la norma prevista en el precepto referido, en el que se regula la situación procedimental de los denominados acuerdos de menor importancia según el aforismo “de minimis non curat praetor”, frente a aquellos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que ocasionan efectos lesivos sensibles para la competencia. (...) En el derecho interno español, esta regla de minimis opera de la forma prevista en la actual redacción del artículo 1.3, que faculta a los órganos de competencia españoles para no iniciar procedimientos por conductas presuntamente incursas en el artículo 1.1 LDC así como para sobreseer los procedimientos ya iniciados, cuando por su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”*. (La negrita es nuestra). A nivel jurisprudencial, el TS recurre a la aplicación del art. 1.3 de la Ley 16/1989 para señalar que tratándose de los acuerdos de menor importancia, el TDC dispone de la potestad (opción) de no perseguir dichas conductas. En este sentido pueden consultarse entre otras las sentencias del STS de 31 de marzo de 2004 (RJ/2004/3174), de 10 de octubre de 2006, FD 5, (RJ\2007\1742) y de 12 de diciembre de 2007, FD 2. (RJ\2008\831).

responsabilidad civil contra el infractor; mientras que *contrario sensu*, en caso de considerar que tales conductas eran ilícitas, la declaración de los efectos jurídico privados era claramente procedentes.

Pero además de los efectos civiles de la conducta, era importante precisar si los acuerdos de menor importancia estaban o no dentro del ámbito del art. 1 de la Ley 16/1989, a efectos de definir las competencias y las obligaciones que en relación con esta clase de acuerdos correspondían al SDC. En concreto, se trataba de establecer si este organismo debía abstenerse de iniciar la investigación administrativa, sobreseer las investigaciones en curso o si debía simplemente dar trámite a un expediente de autorización.

También se cuestionaba la incidencia que podía tener la providencia del SDC respecto de las decisiones que competían al juez civil. Se debatía si el juez podía a pesar de la decisión del SDC (a través de la cual se decidía no abrir o sobreseer la investigación) considerar que el acuerdo era nulo y/o condenar en perjuicios al infractor. Este debate se hacía aún más álgido a la luz del art. 13.2 de la Ley 16/1989 toda vez que esta norma condicionaba las acciones de responsabilidad civil a la decisión (sanción) en firme del TDC, decisión ésta que no tenía lugar en los casos en que el SDC decidía no iniciar el procedimiento administrativo o sobreseer el que estaba en curso.

Para evitar la desprotección en que podía quedar la víctima de una conducta de menor importancia al no disponer de una decisión (sanción) del TDC que legitimara su acción civil, una parte de la doctrina había considerado que en estos supuestos la persona afectada debía recurrir a la aplicación del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD), es decir, invocar ante el juez civil la realización de un acto de competencia desleal, consistente en la violación de las normas de libre competencia⁴⁰.

⁴⁰ Vid. ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús., "Competencia desleal por infracción de normas", *RDM*, No. 202, octubre-diciembre, 1991. p. 705 para quien la aplicación del art. 15.2 LCD tiene carácter residual y por tanto puede emplearse a efectos de sancionar los acuerdos de menor importancia. En igual sentido, considerando que el art. 15.2 LCD es una norma de amplio espectro a través de la cual se materializa la naturaleza preventiva del ordenamiento de competencia desleal puede verse RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel., "El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios", *GJUEC*, N° 228, 2003, pp. 32-51. En contra de esta corriente se cuestiona si tiene sentido sancionar por la vía de la LCD un acuerdo que no es restrictivo de la competencia por considerarse cuantitativa y cualitativamente de menor importancia. En este sentido se pueden apreciar las consideraciones de BERENGUER FUSTER, Luís y GINER PARREÑO, César A., "Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia", *RDN*, No. 14, marzo, 2000. p. 25 quienes señalan: "Si el acuerdo no cae dentro de la prohibición de las conductas restrictivas no habrá sentido de sancionarlo a través de la LCD simplemente porque atendiendo lo dispuesto en el art. 15.2 no habría infracción de normativa alguna. Además aún insistiendo en la aplicación de la LCD resultaría difícil acreditar la supuesta ventaja competitiva que reporta el acuerdo al presunto infractor". En la misma línea de los anteriores autores pueden verse las consideraciones de FONT GALÁN, Juan Ignacio y MIRANDA SERRANO, Luis María., *Competencia Desleal y Antitrust. Sistema de Ilícitos*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 117; FOLGUERA CRESPO., "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., Massaguer (Dir.), *Protección Penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI jornadas sobre marcas)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 225 y ROBLES

Tampoco era claro si la *regla de minimis* debía aplicarse a toda clase de acuerdos o si las restricciones especialmente graves como los acuerdos de precios, el reparto de mercados (acuerdos horizontales) o la fijación de precios de reventa y la concesión de una protección territorial de carácter absoluto (acuerdos verticales) estaban excluidos de su cobertura⁴¹.

Toda esta falta de claridad y la confusión con la «doctrina Automec» suscitó además que la regulación del art. 36 Bis de la Ley 16/1989 se extendiera tanto al abuso de posición dominante como al falseamiento de la libre competencia por actos desleales. En realidad, deben entenderse que se trataba de aplicar la doctrina Automec y no de extender la atipicidad derivada de la *regla de minimis* a otros comportamientos restrictivos.

En resumen, el problema de la *regla de minimis* en el Derecho español era su contradicción con la regulación comunitaria. Mientras el Derecho español consagraba la potestad de la administración de no perseguir los acuerdos de menor importancia (los cuales no obstante conservaban su naturaleza ilícita -con los efectos que de ello se desprendía en el ámbito civil-⁴²); las normas comunitarias establecían que los acuerdos amparados por la *regla de minimis* estaban excluidos del ámbito de la prohibición del art. 81.1 del TCE y, por tanto, eran acuerdos no prohibidos⁴³.

MARTÍN-LABORDA, Antonio. *Libre competencia y competencia desleal*, 1ª Edición, Madrid: La Ley, 2001, pp. 237 y 238.

⁴¹ Aunque el tema estaba claro en el contexto comunitario, dentro del cual se excluían -y se excluyen- de la aplicación de la “menor importancia” los acuerdos que exceden los umbrales de cuotas de mercado fijados, así como los acuerdos horizontales y verticales especialmente restrictivos; tal claridad sobre los criterios que definían la aplicación de la regla no existía en España, lo que obviamente incrementó la confusión y los debates respecto al alcance y la utilidad de la regla. Así por ejemplo, en la Decisión de 15 de noviembre de 1999, dictada en el caso *Casa Rurales Jalón y Zaragoza*, expediente A- 249/98, el TDC calificó el acuerdo sometido a su conocimiento como de menor importancia, teniendo en cuenta para ello criterios de naturaleza cuantitativa. Lamentablemente no se consideró la naturaleza de la restricción, que para el caso era un punto especialmente relevante dado que se trataba de un acuerdo horizontal de reparto de mercados. Esta decisión puso de presente la necesidad de regular el tema por razones de claridad y seguridad jurídica. También se destacó por ser la primera que en diez años de aplicación de la Ley 16/1989 que concedía una autorización particular a un acuerdo calificado de menor importancia, por lo que sus observaciones sirvieron para apoyar la tesis según la cual los acuerdos de menor importancia estaban prohibidos por el art. 1 de la Ley 16/1989, pues sólo aquello que está prohibido puede luego ser objeto de exención. Sobre este caso resultan pertinentes los comentarios de COSTAS COMESAÑA, Julio., “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 a la ley de defensa de la competencia)”, *GJUEC*, No. 202, (agosto/ septiembre 1999), p. 85.

⁴² En este sentido pueden verse las resoluciones del TDC de 12 de mayo de 1997, exp. 398/97, *Boletín GANVAM*; 12 de mayo de 2006, exp. R-517/02, *Prensa Barcelona* y de 8 de junio de 2004, exp. R- 580/03, *Supermercados*, todos ellos citados por DORRONSORO, Carmen.. “Comentarios al artículo 5 de la LDC”, en: Miguel Odriozola (Dir.) y Belén Irissarry (coord.), *Derecho Español de la Competencia*, Tomo I, p. 231.

⁴³ Hace notar esta contradicción COSTAS COMESAÑA, Julio., “Los acuerdos de menor importancia...”, op cit., p. 154 cuando afirma: “Esta regulación legal [se refiere al art. 3.2 d) de la Ley 16/189] de los acuerdos de *minimis* es a nuestro juicio totalmente errónea. No es que haya que

Pese a este confuso marco regulatorio, el TDC en diversas ocasiones, acogiendo la experiencia de la Comisión y la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, aplicó la *regla de minimis* en su verdadero sentido. Así, en efecto, en algunos casos, indicó que los acuerdos que no afectaban la competencia de forma sensible eran conductas que no entraban en el ámbito de aplicación del art. 1 de la Ley 16/1989, es decir, que se trataba de conductas atípicas⁴⁴.

En cambio el Tribunal Supremo se decantó por la tesis contraria. Consideró que la menor importancia era un asunto que repercutía sobre las potestades de las entidades administrativas en la medida en que permitía que ellas priorizaran el alcance de sus competencias y excluyeran de su ámbito de acción los acuerdos que no tenían efectos sensibles sobre la competencia⁴⁵.

Aunque inicialmente en el curso del proceso de reforma de la Ley 16/1989 se mantuvo la confusión entre la *regla de minimis* y la «doctrina Automec»⁴⁶, esta situación se superó completamente con el art. 5 de la LDC, disposición que en la actualidad regula la materia y cuyo contenido comentamos *infra*.

autorizar las medidas limitativas de la competencia, que no tengan entidad suficiente para afectar sensiblemente a la competencia, sino que se trata de conductas no prohibidas por la cláusula general del artículo 1 LDC. 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". Ya para ese momento, proponía COSTAS COMESAÑA introducir como elemento de análisis y valoración del carácter anticoncurrencial de un conducta la "sensibilidad de la afectación de la competencia", en este sentido señalaba (vid. pp. 157 y 158): "*Sin embargo, nos parece que el TDC debe valorar los efectos competenciales de la medida en sede del propio artículo 1 LDC [se refiere a la Ley 16/1989]. Este examen en concreto permitiría excluir del ámbito de las normas de defensa de la competencia, cuyo objetivo, no se olvide, es eliminar los ataques a la competencia contrarios al «interés público», aquellos acuerdos o medidas restrictivos de la competencia que analizados en el mercado relevante en cuestión resultan ser procompetitivos".*

⁴⁴ Vid. en este sentido, las resoluciones del TDC de 18 de febrero de 1999, exp. 434/1998, *Prensa de Segovia*; de 26 de mayo de 1999, exp. 437/1998, *Vileda/Tervi*; de 27 de marzo de 2000, exp. 457/99, *Hardi* y las sentencias de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998 y 2 de noviembre de 1998, en las que pese a no hacerlo de forma expresa, la Audiencia indicó que la afectación de la competencia constituye un elemento indispensable para la aplicación de la prohibición del art. 1.1. de la Ley 16/1989.

⁴⁵ Cfr. nota al pie 38.

⁴⁶ Puntos 99 y 123 del Libro Blanco y art. 5 del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia que señalaba: "*Artículo 5. Conductas de menor importancia. La Comisión Nacional de Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán no iniciar los procedimientos previstos en esta Ley o archivar las actuaciones o expedientes incoados respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, sin perjuicio de que las partes puedan ejercitar las acciones correspondientes ante la jurisdicción competente".* Tanto el Libro Blanco como el Anteproyecto de Ley se encuentran disponibles en la web de la Comisión Nacional de Competencia <http://www.cncompetencia.es/PDFs/memorias/64.pdf>. [ref. 15 abril de 2009]. Vid. además sobre este punto las consideraciones y explicaciones de ALLEDESALAR CORCHO, Rafael y MARTÍNEZ-LAGUE SOBREDO, Paloma., op. cit., p. 51.

Atendiendo las observaciones anteriores, podemos concluir que la reglamentación de los acuerdos de menor importancia, bajo la vigencia de la Ley 16/1989, presentaba entre otras, las siguientes características:

- a) No estaba claro el efecto de la menor importancia. Del art. 3.2. c) se deducía que este tipo de acuerdos estaban prohibidos pero eran susceptibles de autorización; al tiempo que de la aplicación de los arts. 1.3 y 36 Bis de la Ley 16/1989 resultaba que eran conductas prohibidas que disfrutaban de una especie de inmunidad administrativa.
- b) En realidad, los arts. 1.3 y 36 Bis de la Ley 16/1989 no incorporaban una regla de *minimis* en el sentido en que ésta era aplicada en el ámbito comunitario. Estas normas en realidad regulaban la denominada «doctrina Automec».
- c) Tampoco estaban definidos los criterios a partir de los cuales se podía establecer la menor importancia, ni los límites a su aplicación⁴⁷.
- d) Por último, es importante hacer notar que el art. 36 BIS de la Ley 16/1989 extendía la aplicación de la *regla de minimis* -entiéndase correctamente, la «doctrina Automec»- al abuso de posición dominante y al falseamiento de la libre competencia por actos desleales, cuestión controversial, si tenemos en cuenta que en el contexto comunitario el calificativo de menor importancia estaba reservado a las conductas colusorias.

2.2. LOS AVANCES DE LA NUEVA LEY Y LAS DUDAS CREADAS POR EL REGLAMENTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La nueva LDC regula el tema de los acuerdos de menor importancia acogiendo la experiencia y la regulación comunitaria. En este sentido, el art. 5 dispone:

“Artículo 5. *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”. (La negrita es nuestra).

⁴⁷ En algunos casos el TDC hizo uso de criterios cualitativos, mientras en otros, se decantó por criterios cuantitativos y, en otros más, llegó incluso a extender la aplicación de la supuesta *regla de minimis* a acuerdos que a la luz de la legislación comunitaria estaban excluidos por tratarse de conductas especialmente restrictivas (*hard core cartels*).

Del tenor literal de la norma se desprende que el carácter de *minimis* de una conducta la excluye del ámbito de las prohibiciones y, en consecuencia, la exonera de enjuiciamiento y sanción⁴⁸.

⁴⁸ La doctrina es unánime en la conclusión, esto es, la no prohibición de la conducta, aunque luego existan distintas opiniones y controversias sobre su fundamento. En efecto, para un sector de la doctrina -minoritario por cierto- la exclusión de la prohibición es una cuestión de atipicidad; para otro, se trata de un supuesto de falta de antijuridicidad de la conducta. En el primer grupo, encontramos a VALLINA, Roberto., op. cit., p.60 quien en torno a la norma señala: “El art. 5 NLDC no configura, por tanto, una facultad de la Administración para perseguir o no determinadas conductas, sino que delimita el ámbito de aplicación de la prohibición de las conductas prohibidas por la LDC”. También pertenecen al primer grupo, ALLEDESALAR CORCHO, Rafael y MARTÍNEZ-LAGUE SOBREDO, Paloma., op. cit. p. 53 quienes consideran que pese a la acertada redacción del art. 5 de la LDC, pervive una incongruencia sobre la regulación de los acuerdos de *minimis*, al señalar la LDC, en el apdo b) del art. 53.1, que el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante CNC) puede declarar la existencia de conductas que por su menor importancia no son capaces de afectar de manera significativa la competencia, cuando en realidad, la única declaración procedente en este caso sería la relativa a la inexistencia de conductas restrictivas. En el grupo mayoritario que se decanta por la antijuridicidad se encuentra COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, op. cit. p 480 quien señala: “(...) el efecto jurídico previsto en el art. 5 de la Ley consiste en esencia en establecer una exención de la antijuridicidad de unas conductas ilícitas descritas en los arts. 1 a 3. En otras palabras la nueva naturaleza objetiva de la regla de *minimis* supone no que las autoridades de defensa de la competencia puedan decidir si iniciar o archivar un procedimiento sancionador frente a unas conductas contrarias o restrictivas de la competencia sino que las prohibiciones no se aplican a aquellas conductas que pese a incurrir en el tipo legal de los arts. 1 a 3, y consecuentemente ser nulas, dada su escasa importancia no sean capaces de afectar significativamente a la competencia”. En esta misma dirección se ubica MIRANDA SERRANO, Luis María., “la regla de *minimis*...”, op. cit., pp. 5-36, quien afirma que el cambio introducido por la LDC significa un paso de la concepción amplia de las restricciones antitrust hacia una concepción realista que obviamente se encuentra ajustada al análisis y aplicación económica de esta normativa, concluyendo: “En ambos supuestos [se refiere a las conductas cobijadas por la regla de *minimis* y las *ancillary restraints*] estamos ante comportamientos que si bien limitan la libertad de actuación en el mercado de los operadores económicos (comportamientos, por tanto, ilegales de acogerse una noción amplia y formalista de los términos restricción de la competencia), lo hacen, sin embargo, en un grado razonable que no compromete ni pone en peligro el funcionamiento competitivo del mercado”. También destaca la opinión de DORRONSORO, Carmen., “Comentarios al artículo 5 de la LDC...”, op. cit. p 232 “(...) ahora conforme al artículo 5, y a diferencia de lo que ocurría con el artículo 1.3 de la Ley 16/1989, se trata de conductas que parece pueden reputarse lícitas, pues a las mismas no les alcanzan las prohibiciones contenidas en los artículo 1 a 3 de la LDC”. Por su parte, PELLISÉ, Cristina. “Las conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia”. AdC, 2007, p. 85, considera: “Conforme a lo expuesto en relación con el concepto en la LDC, la cláusula de menor importancia no afecta a los tipos de conductas prohibidas, sino que constituye ante todo una exención legal a la prohibición de las conductas tipificadas”, y luego indica: “Las conductas consideradas de menor importancia quedan automáticamente fuera de la prohibición de los arts. 1 a 3 de la LDC, salvo que constituyan alguna de las excepciones al concepto de menor importancia establecidas en el art. 2 RDC”. Así pues, en la opinión de esta autora, las conductas de menor importancia están prohibidas (cumplen los requisitos generales de tipicidad del ilícito antitrust) pero se encuentran exentas legalmente. Sigue la misma línea de CRISTINA PELLISÉ y de la mayoría de doctrina que venimos citando DE ÁLVARO MONTERO, Ángel., “El Régimen sancionador en el Ley de Defensa de la Competencia”. en: Luciano Parejo y Alberto Palomar (Dirs.), *Derecho de la Competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, Madrid: La Ley, 2008, p. 392. En la misma línea de los anteriores, reivindicamos la redacción del art. 5 de la LDC y la regulación de una

En consecuencia, podemos afirmar que **la nueva LDC en su art. 5 establece por primera vez en el ordenamiento de libre competencia español una verdadera regla de minimis**. Esto permite superar la confusión que en este ámbito existía en relación con la «doctrina Automec» y acerca la normativa española a la comunitaria.

Es discutible si el art. 5 de la LDC ha logrado alinear el Derecho español con la normativa y la jurisprudencia comunitaria de forma plena. Aunque ciertamente la nueva regulación abandona la «doctrina Automec», en todo caso se separa del significado que en estricto sentido se le asigna a la menor importancia en el contexto comunitario.

En el Derecho español la *regla de minimis* según la opinión de un sector mayoritario de la doctrina es un asunto de antijuricidad, que permite exencionar de la prohibición las conductas que siendo típicas no son gravemente restrictivas ni exceden los umbrales que definen la menor importancia⁴⁹. En el ámbito comunitario, como ya dejamos anotado, la aplicación de la *regla de minimis* es en realidad una causal de atipicidad de la conducta por la carencia de uno de los elementos estructurales del ilícito, esto es, la “*carencia de la afectación grave o sensible de la competencia*”.

En realidad este matiz sólo tiene una transcendencia teórica, pues ya sea por atipicidad o por ausencia de antijuricidad, lo que ocurre es las conductas de menor importancia se excluyen del ámbito de las prohibiciones y no son susceptible de sanción. Ahora bien, no deja ser interesante cuestionar este aspecto pues podría alterar del proceso de autoevaluación⁵⁰.

La claridad que parecía haberse arrojado con el art. 5 de la LDC, que quedado anulada con la expedición del Real Decreto Ley 261/2008, de 27 de febrero *a través del cual aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*⁵¹ (en adelante RDC), que regula los acuerdos de menor importancia en sus arts. 1 a 3.

Varios aspectos de la reglamentación deben ser destacados:

En primer lugar, la definición de los criterios que permiten establecer la menor importancia de un acuerdo: Siguiendo la regulación comunitaria, el RDC establece los criterios de orden cuantitativo (art. 1) y cualitativo (art. 2) a partir de los cuales se definen

verdadera regla de minimis en el ordenamiento español, PALAU, Felipe., “Comentario al artículo 5 de la LDC”, en: José Massaguer (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Madrid: Thomson Civitas, 2008, p. 266; DIEZ ESTELLA, Fernando., “La prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Monografía No. 1, Madrid: La Ley, 2008, p. 124.

⁴⁹ Vid. la doctrina citada en la nota al pie 47.

⁵⁰ Así, en efecto, si consideramos que la “afectación sensible de la competencia” es un elemento de configuración del ilícito, deberá admitirse que la aplicación de la *regla de minimis* se sitúa en el campo de la tipicidad, por lo que en el curso del procedimiento de autoevaluación no haría falta entrar a analizar si el comportamiento está exento o no, dado que la conducta en realidad no está prohibida.

⁵¹ BOE de 27 de febrero de 2008.

qué acuerdos se consideran de menor importancia⁵². La aplicación de la *regla de minimis* impone verificar el cumplimiento de los baremos de cuotas de mercado y establecer que el acuerdo no está excluido de su ámbito por ser especialmente restrictivo.

Los arts. 1 y 2 del RDC coinciden con los puntos 7, 8 y 11 de la Comunicación de *Minimis*⁵³. Desde el punto de vista cuantitativo la menor importancia se define a partir de las cuotas de mercado de las empresas involucradas en el acuerdo, cuyo porcentaje será variable según se trate de un acuerdo de naturaleza horizontal o vertical.

En cuanto a los criterios cualitativos, la norma española excluye categóricamente del amparo de la *regla de minimis* tanto los acuerdos horizontales como verticales especialmente restrictivos⁵⁴. En este sentido, el art. 2 del RDC se debe aplicar atendiendo lo dispuesto en los Reglamentos de exención de los acuerdos verticales⁵⁵ y horizontales⁵⁶,

⁵² Sobre este punto COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio., op. cit., p 479. considera que los criterios de definición de la menor importancia se han debido establecer legal y no reglamentariamente toda vez que: "(...) *no parece conveniente que el efecto legal previsto en el art. 5, que no es otro que la inaplicación de las prohibiciones de los arts. 1 a 3 a las conductas de menor importancia deba aplicarse a un supuesto de hecho (la conducta de escasa importancia) que venga definida conforme a una norma reglamentaria*" Por su parte, BERENGUER FUSTER, Luís y COSTAS COMESAÑA, Julio., "Comentarios a la regulación de las conductas restrictivas de la competencia de menor importancia en España", ADI, (2007-2008), pp. 62-63 señalan: "(...) *se puede decir que la regla de minimis que resulta de los artículo 1 y 2 RDC trata de garantizar una aplicación del artículo 1 LDC coherente con la doctrina y la jurisprudencia del artículo 81 TCE y, por ello, se sigue la Comunicación de minimis de 2001, incluso al sustraer de la regla de la regla de minimis determinadas restricciones verticales (por ejemplo la prohibición de las ventas pasivas o la fijación vertical de precios) que responden más al objetivo de consolidar un mercado comunitario que a preservar una competencia efectiva*". Por su parte, MIRANDA SERRANO, Luis María., "la regla de minimis...", op. cit., p. 13 además de distinguir y explicar el criterio cuantitativo o estructural, el criterio cualitativo o de comportamiento y el criterio mixto, señala que el legislador español se ha decantado en el RDC por éste último, es decir, por aquél que se configura a partir de criterios cuantitativos pero que además tiene en cuenta que determinadas conductas dada su gravedad intrínseca no se pueden calificar como de menor importancia y, por ende, no quedan excluidas del ámbito de la prohibición, aun cuando hayan sido desarrolladas por empresas de dimensiones pequeñas, es decir aun cuando la cuota de mercado sea igual o inferior a los porcentajes especificados en el art. 1 del RDC.

⁵³ Dada las coincidencias y la falta de adaptación de los criterios comunitarios al contexto español, MIRANDA SERRANO, Luis María., "la regla de minimis...", op. cit. p. 19, considera que hubiese sido preferible hacer una remisión general a la Comunicación de *Minimis*.

⁵⁴ ORTÍZ BLANCO, Luís. *Manual de Derecho de la competencia*, op. cit., p. 145 considera que al contrario del régimen comunitario "(...) *en España, a tenor del artículo 2.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1, las restricciones por objeto no se entenderán de menor importancia»*. A nuestro entender, el legislador español ha dado un paso que le aleja del sistema comunitario a riesgo de eliminar la relevancia práctica el concepto de conductas de *minimis* en Derecho español en la medida en que la literalidad de la Ley precluye la posibilidad de considerar que una restricción por objeto pueda reputarse de menor importancia, y ello aún cuando la cuota de mercado de las partes sea insignificante".

⁵⁵ Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, 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 (DOCE 1999 L 336/21, de 19 de diciembre), art. 4.

e igualmente a lo establecido en las directrices sobre cada una de estas categorías de acuerdos⁵⁷, dado que en estas disposiciones se establecen los acuerdos que se estiman especialmente graves y restrictivos de la libre competencia.

A diferencia de la norma comunitaria, el art. 2 del RDC, refiriéndose a los acuerdos verticales dispone que no se considerarán de menor importancia los acuerdos a través de los cuales se establezcan cláusulas de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años (art. 2.2.e)). Dispone además, en el apdo. 4 del art. 2, que no podrán calificarse como de menor importancia ni las conductas desarrolladas por las empresas titulares o beneficiarias de derechos exclusivos, ni las conductas que sean desarrolladas por empresas en mercados en los que más del 50% esté cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales con consecuencias similares.

Otro de los puntos que se destacan dentro de la nueva reglamentación es el relativo al alcance de la *regla de minimis*. En este aspecto la LDC y RDC se han separado de forma radical del modelo comunitario.

Así, en efecto, a diferencia de la normativa comunitaria, **en España, la aplicación de la *regla de minimis*, (art. 5 de la LDC y el art. 3 del RDC) no se limita a los acuerdos colusorios sino que extiende su ámbito de aplicación a las conductas constitutivas de abuso de posición dominante y de falseamiento de la libre competencia por actos desleales⁵⁸.**

Esta aplicación extensiva de la *regla de minimis* ha causado gran conmoción en la doctrina española que recientemente ha dedicado sus trabajos al comentario de la nueva LDC. Para algunos la aplicación de esta regla a supuestos distintos a los acuerdos colusorios es completamente absurda⁵⁹; otros en cambio admiten su pertinencia y

⁵⁶ Reglamento (CE) 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DOCE 2000 L 304/3, de 5 de diciembre), art. 5 y Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DOCE 2000 L 304/7, de 5 de diciembre), art. 5.

⁵⁷ Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, *Directrices relativas a las restricciones verticales* (DOCE 2000 C 291/1 de 13 de octubre) y Comunicación de la Comisión de 6 de enero de 2001, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal* (DOCE 2001 C 3/2 de 6 de enero).

⁵⁸ Sobre este punto señalan BERENGUER FUSTER, Luís y COSTAS COMESAÑA, Julio., "Comentarios a la regulación de las conductas...", op. cit., p. 56 "(...) entendida la *regla de minimis* como criterio para determinar si un asunto presenta interés público suficiente para activar la intervención de la Administración en el ámbito de las relaciones privadas de mercado tiene todo el sentido extender esta facultad". Se refieren estos autores, a la «doctrina Automec», cuya aplicación amplia (extendida a los acuerdos, el abuso y el falseamiento), según lo señalamos *supra*, es plenamente comprensible dado que esta doctrina se limita a regular el alcance de las competencias de las autoridades administrativas -y hoy día también de los jueces- en la aplicación de las normas de libre competencia y no a la atipicidad de tales comportamientos.

⁵⁹ CREUS, Antonio., "Viejos tipos, nueva ley, nueva fuerza", en: Juan Manuel Fernández López (Dir.), *La Ley 15 de 2007 de Defensa de la Competencia. Reflexiones sobre las principales novedades*, Madrid: Idei, 2008 p. 67 señala: "Es absurda la situación sobre todo si pensamos en el

utilidad⁶⁰ y, con criterios intermedios, otros reconocen la dificultad teórica de concebir abusos y falseamientos desleales de menor importancia sin por ello excluir su regulación⁶¹.

artículo 2, puesto que de una lectura de la ley parece que puede haber la existencia de una posición dominante y a la vez hallarnos en situación de cuotas de mercado inferiores al 15%, o incluso por debajo del 10%. Desde luego será primicia mundial el poder determinar la existencia de un abuso con una posición dominante con una cuota de mercado inferior al 10%, es conocido que la posición dominante no se determina exclusivamente por la cuota de mercado, pero ésa es indicativa de ciertas situaciones". También CAMPO FANLO, Carmen., "Tratamiento de las conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y en el Reglamento que la desarrolla", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Monografía No. 1, Madrid: La Ley, 2008, p. 245 señala sobre el punto: "El hecho de que la Ley 15/2007 contemple la posibilidad de aplicar la doctrina de *minimis* a los supuestos de abuso de posición de dominio resulta cuando menos sorprendente dado que para aplicar dicho concepto la empresa en posición dominante debería tener como máximo una cuota del 15% de cuota de mercado, algo que en sí mismo parece una contradicción", no obstante, señala, que la aplicación extensiva de la *regla de minimis* a los supuestos de abuso de posición dominante, se encuentra regulada tanto en el Reino Unido como en Francia. Respecto al tema, antes de la entrada en vigor de la LDC y en relación con el tenor del art. 36 BIS de la Ley 16/1989 también se concebía como ilógica la aplicación de la "menor importancia" a los abusos de posición dominante, en este sentido se pronuncia MAMBRILLA RIVERA, Vicente, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Voz Acuerdos de Menor Importancia, Madrid: Lustel, 2006 76-77. Finalmente, hay que destacar que antes de la nueva LDC el TDC igualmente había rechazado la aplicación extensiva de la regla de menor importancia, sobre el punto pueden verse las resoluciones del TDC de 6 de marzo de 2002, 509/2001, *Esqui Navacerrada* y la resolución de 10 de octubre de 2002 exp. 526 de 2001, *Certificados de defunción*.

⁶⁰ A favor de la ampliación de la regla de *minimis* se pronuncia DIEZ ESTELLA, Fernando., op. cit., p. 140 al precisar: "Merece igualmente una valoración positiva la «ampliación» de la regla «de *minimis*» al resto de prácticas restrictivas de la competencia, es decir, extendiéndose su ámbito de aplicación no sólo a los acuerdos colusorios sino también a las conductas de abuso de posición dominante y al falseamiento de la competencia por actos desleales. Bajo esta regla las conductas «de menor importancia» al carecer de carácter antijurídico dejan en consecuencia de ser conductas prohibidas y, por tanto, perseguibles por las autoridades". Con independencia de la opinión que podamos tener en relación con la aplicación de la *regla de minimis* a las conductas restrictivas de la competencia distintas de los acuerdos colusorios (que exponemos *infra*), consideramos errados los términos empleados por el profesor DIEZ ESTELLA cuando señala que las conductas de *minimis* carecen de antijuricidad (como también lo hace COLOMER HERNÁNDEZ (Cfr. nota al pie 47). Como ya indicamos antes, la regulación de los acuerdos de menor importancia tanto a nivel comunitario como nacional se traduce en la falta de tipicidad de aquellos acuerdos que exceden de los límites cuantitativos fijados tanto en la Comunicación de *Minimis* como en el RDC o en términos generales de aquellos que conforme a otros criterios no afectan a la competencia de manera sensible. La antijuricidad de las conductas restrictivas, en nuestra opinión, hace referencia al análisis de las ventajas y los beneficios que se desprenden de la misma, es decir, al régimen de exenciones o a las teorías a partir de las cuales, con base en un balance concurrencial, se determina que los efectos positivos de un comportamiento superan los negativos. Por su parte, GUTIÉRREZ, Alfonso., "Comentarios al artículo 2 de la LDC, en: José Massaguer (Dir.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Madrid: Thomson Civitas, 2008, p. 191, reconoce la importancia de la aplicación de la *regla de minimis* a los abusos de la posición dominante en los siguientes términos: "En efecto: el hecho que el legislador haya decidido específicamente extender la *regla de minimis* a los supuestos de abuso de posición dominante contemplados en el artículo 2 de la LDC sólo puede significar que se conciben supuestos en los que, a pesar de existir una posición dominante –y de que, por definición, la competencia en el

Atendiendo lo dispuesto en la LDC y el RDC se han planteado diversas corrientes de investigación:

Una primera línea de interpretación defiende que los arts. 1 y 2 del RDC corrigen lo dispuesto en el art. 5 de la LDC. Toda vez que aquellos sólo aluden a los acuerdos restrictivos, se concluye que *la regla de minimis* limita su alcance a este tipo de comportamientos⁶².

mercado ya está sustancialmente debilitada-, determinadas conductas restrictivas no son aptas para afectar significativamente la competencia y quedarán exentas. Esto es, dejaría se der cierto que en una situación de competencia debilitada por la existencia de un operador dominante «cualquier restricción adicional» sea abusiva”.

⁶¹ Sobre este punto PALAU, Felipe., “Comentario al artículo 5...”, op. cit., 268 reconoce que la aplicación de la *regla de minimis* en el ámbito del abuso de posición dominante está llamada a tener una escasa aplicación pues “(...) *la afectación sensible de la competencia se haya implícita en las propias condiciones de aplicación de la prohibición*”; aunque reconoce que dicha regla puede llegar a tener importancia cuando se trata del análisis de conductas abusivas que se producen en mercados conexos a aquel en el cual la empresa goza de posición de dominio. De igual opinión BERENGUER FUSTER, Luís y COSTAS COMESAÑA, Julio., “Comentarios a la regulación de las conductas...”, op. cit. p. 65 comparten con CREUS (Cfr. con la nota al pie 58) la crítica sobre la figura de los abusos de menor importancia, pero, de otra, consideran que la “sensibilidad” es también elemento constitutivo del ilícito previsto en el art. 3 LDC, así afirman: “(...) *la oportunidad de aplicar la regla de minimis a la prohibición de abuso de posición dominante es cuestionable, y probablemente esté destinada a una escasa aplicación práctica porque el propio concepto objetivo de abuso conlleva la afectación significativa de la competencia. Pero quizás no se pueda descartar cierta aplicación si se atiende al criterio de la dimensión del mercado considerado, en el ámbito de los abusos explotativos frente a los consumidores, o en los abusos de posición dominante en mercados conexos. En lo que hace a la aplicación del artículo 3 RDC a las conductas unilaterales de empresas no dominantes del artículo 3 LDC, el supuesto de hecho nos parece imposible incluso a nivel teórico; es decir, en la medida en que el ilícito del artículo 3 LDC requiere que la conducta unilateral de la empresa no mercado dominante afecte el interés público (...)*”. Siguen esta misma opinión RUIZ-RUISUEÑO, Francisco., “La relevancia práctica de las conductas de menor importancia”, en: Luis Ortiz Blanco y Rosario León Jiménez (Coords.), *Derecho de la competencia europeo y español, curso de iniciación*, Vol. IV, Madrid: Dykinson, 2003, pp.38-39 y MIRANDA SERRANO, Luis María., “La regla de minimis...”, op. cit., p. 20.

⁶² Son interesantes las reflexiones que la doctrina hace sobre los arts. 1 y 2 del RDC, así, BERENGUER FUSTER, Luís y COSTAS COMESAÑA, Julio., “Comentarios a la regulación de las conductas...”, op. cit., pp. 62-63 manifiestan: “(...) *se puede decir que la regla de minimis que resulta de los artículo 1 y 2 RDC trata de garantizar una aplicación del artículo 1 LDC coherente con la doctrina y la jurisprudencia del artículo 81 TCE y, por ello, se sigue la Comunicación de minimis de 2001, incluso al sustraer de la regla de minimis determinadas restricciones verticales (por ejemplo la prohibición de las ventas pasivas o la fijación vertical de precios) que responden más al objetivo de consolidar un mercado comunitario que a preservar una competencia efectiva*”. También se pronuncia sobre el punto PELLISÉ, Cristina. “Las conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia”. AdC, 2007, p. 82-83 al señalar: “(...) *en el sistema español la situación no es tan clara. Por un lado, el art. 5 LDC establece expresamente que la exención de las conductas de menor importancia es de aplicación general a todas las conductas prohibidas. Además, el art. 1 RDC se titula «conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado» y su encabezamiento contiene una remisión expresa al mencionado art. 5 de la LDC. Pero, por otro lado, en el texto de este artículo se describen únicamente las conductas entre empresas, esto es bilaterales. Por tanto, el criterio de cuotas de mercado parece tener aplicación en relación esencialmente con las conductas colusorias aunque también con las conductas*

Aunque esta interpretación es a primera vista conveniente, resulta contradictoria con lo dispuesto en el art. 3 del RDC, que bajo el título “*otras conductas de menor importancia*”, hace expresa alusión a las conductas reguladas en los arts. 1 a 3 de la LDC. Así pues, conforme a una segunda corriente de opinión, el RDC y en concreto su art. 3, no corrige, sino que reafirma lo ya dispuesto en el art. 5 de la LDC, esto es, la aplicación extensiva de la *regla de minimis* a todo tipo de conductas restrictivas. El art. 3 del RDC dispone literalmente lo siguiente:

“Artículo 3. *Otras conductas de menor importancia.*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y a efectos de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia **podrá declarar no aplicables los artículos 1 a 3 de la citada ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia.** (...)”. (La negrita es nuestra).

En una tercera línea de argumentación se defiende que más que una aplicación extensiva de la *regla de minimis*, lo que hace el art. 3 del RDC (en armonía con art. 53.1 b) de la LDC) es reintroducir la regulación de la menor importancia de los acuerdos como un asunto relativo a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, es decir, la aplicación de la «doctrina Automec»⁶³.

En nuestra opinión este debate sobre la aplicación extensiva de la *regla de minimis*, su conveniencia y el alcance concreto del art. 3 del RDC, se soluciona a través de la distinción entre los conceptos de “sensibilidad de la afectación de la competencia” como elemento general de tipicidad de los ilícitos de carácter antitrust y la aplicación de la *regla de minimis* en sentido estricto.

bilaterales de competencia desleal que falseen la competencia. En consecuencia, para las conductas unilaterales no parece haber ningún criterio cuantitativo de delimitación para determinar automáticamente cuándo son de menor importancia”. Y vuelve de nuevo sobre el punto, cuando acomete el análisis detallado de cada conducta (vid. además pp. 91- 96). También sobre el tema, ARMIJO CHAVARI, Enrique., “Actos de competencia desleal prohibidos por la Ley 15/2007”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Monografía No. 1, Madrid: La Ley, 2008, p. 222, señala que si bien la LDC se refiere a los conductas establecidas en los arts. 1, 2 y 3, el RDC y, en concreto, su art. 1 emplea criterios y expresiones que únicamente se entienden o se predicán de los acuerdos restrictivos.

⁶³ PELLISÉ, Cristina., op. cit., p. 79 “(...) el Reglamento de desarrollo, a través de su art. 3, reintroduce la función tradicional de la cláusula de menor importancia en nuestro país. Concretamente, vuelve a regular la cláusula de *minimis* como margen de discrecionalidad/oportunidad de las autoridades de competencia de no perseguir determinadas conductas que “atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa la competencia”.

Ya hemos dicho antes que la sensibilidad involucra la menor importancia pero que no se agota ni se limita a ella, siendo su alcance más amplio. Así pues, a nuestro juicio, la «sensibilidad» de la afectación de la competencia se aplica a todo tipo de conductas restrictivas de la competencia (acuerdos, abuso de la posición dominante y falseamiento por actos desleales); en cambio, la *regla de minimis* como una de las formas a partir de las cuales se determina la sensibilidad, sólo es aplicable a las conductas colusorias.

La sensibilidad como categoría general se define a partir de otros factores que atienden, según lo establece el propio art. 3 RDC al “*contexto jurídico y económico*” de la conducta que se examina⁶⁴; la *regla de minimis* responde a los criterios cuantitativos y cualitativos establecidos en los arts. 1 y 2 del RDC que por demás operan de forma automática.

En este orden de ideas, creemos que en los casos de abuso de la posición de dominio y de falseamiento por actos desleales, el art. 3.1 del RDC no se refiere a la aplicación de la *regla de minimis* en sentido estricto –la cual se repite está reservada a los acuerdos- sino a situaciones en las que no existe una afectación sensible de la competencia. Así entendida la norma, resulta completamente legítimo que las partes recurran a criterios distintos a los señalados en los arts. 1 y 2 del RDC (que además serían difícilmente aplicables a estas conductas) para demostrar que la conducta no está comprendida dentro del ámbito de la prohibición⁶⁵.

⁶⁴ CAMPO FANLO, Carmen., op. Cit. pp. 240-241 “(...) el art. 3.1 completa la definición de las conductas de menor importancia al indicar que la CNC podrá apreciar criterios diferentes a la cuota de mercado para poder valorar conductas que, por su escasa importancia, no afecten de manera significativa a la competencia (...). Con ello el Reglamento se alinea asimismo con la Comunicación de minimis que también prevé la posibilidad de que determinados acuerdos que no cumplan los umbrales de cuota de mercado no resulten prohibidos por tener un efectos insignificante sobre la competencia en base a otros criterios”. De la misma opinión son BERENGUER FUSTER, Luís y COSTAS COMESAÑA, Julio., “Comentarios a la regulación de las conductas...”, op. cit., pp. 63-65. En nuestra opinión (como se indica *supra*) el art. 3 se refiere a las conductas que a pesar de no estar amparadas por la regla de minimis (art. 1 del RDC) quedan excluidas del ámbito de las prohibiciones al no afectar de manera sensible la competencia. En este orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto en el punto 1,2 de la Comunicación de Minimis, queda claro que la norma española opta por diferenciar entre los conceptos de sensibilidad y minimis. Dentro de esos “otros factores” que pueden atenderse a efectos de establecer la falta de sensibilidad de una conducta sobre la competencia, consideramos que útil recuperar la doctrina de la Comisión y la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, anterior a la Comunicación de Minimis, que aludía a factores tales como la especial estructura del mercado, la duración del comportamiento, la naturaleza de los productos, la naturaleza de las restricciones etc. [Vid. al respecto LAURILA, Maija. “The minimis doctrine...”, op. cit., pp. 97-104]. Por su parte, BARRANTES, Begoña y VÉRGEZ, Carlos., “Comentarios al art. 1 de la LDC”, en: Miguel Odriozola (Dir.) y Belén Irissarry (coord.), *Derecho Español de la Competencia*, Tomo I, p. 27 consideran que el art. 3 del RDC es una norma que tendrá especial relevancia en la determinación de las conductas abusivas de menor importancia e incluso, en la determinación de los criterios bajo los cuales se puede considerar como de menor importancia un acuerdo especialmente restrictivo, en principio excluido del ámbito de aplicación de la *regla de minimis*.

⁶⁵ Comparten esta opinión ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael y VALLINA ÁLVAREZ, Roberto, op. cit. pp. 119-144 p. 187 al señalar “(...) *cabría, al menos teóricamente, imaginar que el art. 3 del RDC pudiera ser aplicado a un abuso de posición dominante que dure una pocas horas o días o que tenga un impacto económico insignificante para los clientes de la empresa en cuestión*”. Vid. además la doctrina citada por esto autores en las notas al pie 49 y 50 en cuanto admiten aunque solo sea de forma teórica los abusos de posiciones dominantes de menor importancia. Esta

Tratándose de los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 1 LDC) existirían dos alternativas: Optar por la aplicación de la *regla de minimis* con base en los criterios fijados en los arts. 1 y 2 del RDC cuya operatividad es automática, o bien acreditar la ausencia de la afectación sensible de la competencia, atendiendo a criterios distintos a los contenidos en las disposiciones señaladas, referidos fundamentalmente a las condiciones económicas y jurídicas que han rodeado el acuerdo.

En conclusión, la calificación de *minimis* de una conducta exige que las partes, las autoridades administrativas y/o los jueces de lo mercantil tengan en cuenta los criterios cualitativos y cuantitativos fijados reglamentariamente en los arts. 1 y 2 del RDC. Adicionalmente, las partes pueden acudir a otros factores para demostrar que el acuerdo no se haya dentro de la prohibición, pero en tales casos no estaremos en el terreno de la *regla de minimis* sino en el de la comprobación de la falta de sensibilidad a la cual aplica lo dispuesto en el art. 3.1 del RDC⁶⁶. En este punto nuestra opinión es coherente con la Comunicación de Minimis, en particular con su apartado I.2, que establece que el hecho de que un acuerdo no se encuentre amparado por la *regla de minimis*, no comporta que éste *per se* afecte la competencia de forma sensible, siendo por tanto necesario realizar un análisis pormenorizado de la conducta⁶⁷.

Lo cierto es que bien sea por tratarse de la aplicación *stricto sensu* de la *regla de minimis*, o por la verificación del elemento de sensibilidad como categoría general, el efecto es siempre el mismo: La no prohibición de la conducta por la atipicidad de la misma o por su carencia de efectos antijurídicos.

interpretación es además coherente con el criterio seguido por el TDC -con anterioridad a la vigencia de la nueva LDC- en el sentido de negar la aplicación de la *regla de minimis* a los casos de posición de dominio [vid. las resoluciones del TDC de 6 de marzo de 2002, 509/2001, *Esquí Navacerrada* y de 10 de octubre de 2002 exp. 526 de 2001, *Certificados de defunción*.]

⁶⁶ Es en este sentido que comprendemos las observaciones de COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio., op. cit. p. 487 para quien "(...) los criterios reglamentarios no delimitarán de manera directa y definitiva el carácter poco importante de la conducta sino que el juez podrá apreciar y valorar las alegaciones y la prueba que las partes puedan haber articulado para obtener su convencimiento sobre la poca importancia de la conducta".

⁶⁷ En apoyo de esta consideración encontramos el dictamen de 7 febrero 2008 del Consejo de Estado (UR\2008\159685), sobre el proyecto de RDC, en el que se establece: "*En este orden de ideas, debe destacarse que la mayoría de las entidades que han formulado alegaciones en el trámite de audiencia han apuntado la conveniencia de seguir más fielmente, en lo que a la definición de las conductas de menor importancia se refiere, la Comunicación de minimis, (...). Atendiendo a esta sugerencia y de conformidad con el parecer de la propia Comisión Nacional de la Competencia, se introdujo en el proyecto un nuevo precepto (el artículo 3), dedicado a "Otras conductas de menor importancia", en el que se incluyen aquellas que, por su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia, reconociéndose a la Comisión Nacional de la Competencia la posibilidad de fijar, mediante comunicaciones, los criterios de delimitación de las conductas de menor importancia. El hecho de que el proyecto se haya hecho eco de esta sugerencia, recogiendo el sentimiento unánime a favor de la inclusión de una regla similar y aportando un mayor grado de flexibilidad y adaptabilidad de la norma a las circunstancias de cada momento, merece un juicio favorable (...)*". (La negrita es nuestra).

Tratándose de los efectos de la menor importancia y de las autoridades competentes para su aplicación, el tenor literal del art. 3 del RDC vuelve a suscitar controversias.

Conforme lo dispone el art. 3 del RDC la apreciación de la menor importancia sobre criterios distintos a la cuota de mercado y al carácter especialmente restrictivo de la conducta, corresponde únicamente al Consejo de la CNC. Aceptar esta interpretación, implica admitir como lo hace CRISTINA PELLISÉ⁶⁸, que los jueces de lo mercantil tienen vetada la aplicación de esta disposición, por lo que sus competencias sólo podrían desplegarse (a solicitud de parte o de oficio) en el contexto de la *regla de minimis* entendida en sentido estricto, esto es, a la aplicación de los criterios señalados en los arts. 1 y 2 del RDC.

A nuestro juicio una interpretación que limita la aplicación del art. 3 del RDC al Consejo de la CNC es errada. En primer lugar, porque significaría el establecimiento con carácter imperativo de una prejudicialidad administrativa, o lo que es lo mismo la implementación de un sistema muy parecido al que anteriormente preveía el art. 13.2 de la Ley 16/1989, criticado ampliamente e intensamente por la doctrina. En segundo lugar, porque tal interpretación sería contraria al mandato general del art. 5 de la LDC, que no distingue entre autoridades ni tampoco limita la aplicación de la norma a las entidades de orden administrativo. Y, en tercer lugar, porque se crearía una desigualdad no justificada entre la actuación de la administración y la de los jueces, que sería contraria a los fines del nuevo sistema de aplicación judicial.

Pero es que además, si admitiéramos que el art. 3 del RDC sólo puede aplicarse por el Consejo de la CNC, resultaría que un juez de lo mercantil aplicando los arts. 81 y 82 del TCE, tendría un margen mayor de discrecionalidad para apreciar la sensibilidad de la afectación, que en caso de que este mismo juez tuviese que aplicar únicamente los arts. 1 a 3 de la LDC.

En nuestra opinión, si como afirmamos de manera reiterada, en atención al modelo comunitario, la falta de sensibilidad es un supuesto de atipicidad, lo que ocurre en realidad es que las autoridades competentes (administrativas y judiciales) deben abstenerse de sancionar estas conductas. En el caso de la aplicación de los arts. 1 y 2 del RDC no será necesario seguir ningún procedimiento toda vez que los criterios dispuestos en estas normas operarán de forma automática. En cuanto al art. 3 del RDC la verificación de las “condiciones jurídicas y económicas” que han rodeado la ejecución de la conducta, harán necesario adelantar un proceso para analizar, entre otros aspectos, el mercado relevante,

⁶⁸ Para CRISTINA PELLISÉ, la cláusula de *minimis* tiene un doble carácter, de una parte, es una exención legal (art. 5 de la LDC y art. 1 RDC) y, de otra, es una exención de carácter singular (art. 3.1. RDC). La primera en su opinión sería aplicable por todas las autoridades con competencia en el ámbito antitrust (jueces y entidades administrativas), mientras la segunda, únicamente lo sería por parte de las autoridades del orden administrativo. Vid. PELLISÉ, Cristina., op. cit. p. 101. También aprecia que la *regla de minimis* constituye un supuesto de exención, GUTIÉRREZ, Alfonso. “Comentarios al artículo 2 de la LDC”, en: José Massaguer (Dir.) *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Madrid: Thomson Civitas, 2008, p. 161.

los participantes, sus características, y los efectos de la conducta, todo ello para poder declarar, si es el caso, la menor importancia según lo señala el art. 53.1 de la LDC⁶⁹.

Respecto de los efectos que derivan de la menor importancia hay que tener en cuenta además, que la atipicidad de la conducta desde la perspectiva antitrust elimina al mismo tiempo la posibilidad de que se declaren los efectos jurídicos-privados que derivan de la infracción a la LDC. Simplemente al no existir ilícito no será posible declarar la nulidad del acuerdo o la responsabilidad civil del infractor⁷⁰.

También es importante dejar anotado, que ni la LDC ni el RDC precisan los efectos de una aplicación diligente pero equivocada de los arts. 1 y 2 del RDC. Por el contrario, a nivel comunitario se admite que cuando ha existido una valoración errónea sobre la naturaleza de un acuerdo, no hay lugar a la imposición de multas, salvo en caso de que has partes hayan actuado con negligencia.

Finalmente, hay que destacar que pese al intento por introducir una regulación sobre la potestad de las autoridades administrativas de no cursar las denuncias o sobreseer las investigaciones relativas a los acuerdos restrictivos que no afectan de manera sensible la competencia, es decir, por incluir en la legislación española además de la regla de *minimis* una aplicación de la «doctrina Automec», como ya se había hecho en los arts. 1.3

⁶⁹ Coincidimos parcialmente con CRISTINA PELLISÉ para quien el art. 3.1 del RDC en consonancia con lo dispuesto en el art. 53.1 b) exige la tramitación de un expediente administrativo, que debe concluir con la declaración de la menor importancia del acuerdo [op. cit. p. 86]. En nuestra opinión, la afirmación de esta autora es cierta, sólo que, además de referirse a las entidades administrativas debería aplicar también a los jueces de lo mercantil.

⁷⁰En este sentido se pronuncia DÍEZ ESTELLA, Fernando., “Comentarios al artículo 1...”, op. cit., p. 31 que haciendo referencia a la regulación de las conductas de *minimis* señala: “Este aspecto concreto de la reforma merece una valoración muy positiva, ya que al contrario de lo previsto en una redacción inicial del Anteproyecto, dichas conductas de menor importancia dejan de ser conductas prohibidas y, por tanto, nulas de pleno derecho. En consecuencia, los interesados tampoco podrán ejercitar las acciones jurisdiccionales correspondientes en defensa de sus intereses privados, al carecer –bajo la regla de *minimis*- estas conductas de carácter antijurídico”. En el mismo sentido, DORRONSORO, Carmen., “Comentarios al artículo 5 de la LDC...”, op. cit., p. 232 “La mayor conquista de la nueva regulación a favor de la seguridad jurídica es sin duda que, al no resultar prohibidas las conductas tampoco son perseguibles en la vía civil, lo que elimina la amenaza de potenciales demandas de declaración de nulidad y consiguiente reclamación de daños y perjuicios”. Manifiesta su preocupación en torno a este aspecto DE ÁLVARO MONTERO, Ángel., op. cit., pp. 392-393, señalando: “(...) una de las cuestiones que habrá que resolver es la de que ocurre con aquellos que han sido perjudicados por una conducta prohibida pero que entra dentro de un supuesto de exclusión, por su escasa significación, puesto que esa exclusión opera como un mecanismo destipificador de la conducta y ésta quedaría impune y los afectados por la conducta, que no hay que olvidar era prohibida aunque de escasa importancia, deberán buscar vías ajenas a la LDC para encontrar la reparación o resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos”. Con una opinión distinta a DÍEZ ESTELLA y DORRONSORO, PELLISÉ, Cristina., op. cit. p. 102 precisa: “Ahora bien, el hecho de que una conducta sea considerada de menor importancia a la luz de la LDC, no impide que dicha conducta puede ser considerada constitutiva de un ilícito civil con base en el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal, en base a los arts. 7.2. o 1902 del Código Civil. A pesar de ser conductas de *minimis* desde la óptica de la defensa de la competencia, es posible que produzcan un daño a un particular que, conforme a alguna de estas disposiciones, podría recibir amparo desde el ámbito del Derecho privado”.

y 36 Bis de la Ley 16/1989, la referencia que sobre este punto contemplaba el proyecto fue eliminada en el trámite legislativo sin que quedara rastro de ella en la Ley o en el reglamento⁷¹.

A partir de las consideraciones anteriores, podemos concluir que la regulación y aplicación de la *regla de minimis* bajo la vigencia de la LDC y el RDC tiene, entre otras, las siguientes características:

- a) El art. 5 de la LDC establece una verdadera *regla de minimis*, es decir, un supuesto bajo el cual los acuerdos que no afectan de forma sensible a la competencia se excluyen del ámbito de las conductas prohibidas.
- b) Para la determinación de los acuerdos de menor importancia se acoge un sistema de carácter mixto, que combina criterios cuantitativos y cualitativos (arts. 1 y 2 del RDC). Estos criterios se aplican al análisis de los “acuerdos” restrictivos de la competencia y tienen en nuestra opinión carácter vinculante tanto para las empresas que deben tenerlos en cuenta al momento de realizar la autoevaluación de sus conductas, como para las autoridades competentes en la aplicación de las disposiciones antitrust.
- c) El art. 3 del RDC en consonancia con el apdo I.2 de la Comunicación de Minimis regula el tema de la afectación sensible de la competencia. El análisis de la sensibilidad se realiza a partir de criterios distintos a los establecidos en los arts. 1 y 2 del RDC, en concreto, atendiendo las condiciones jurídico- económicas de los acuerdos restrictivos, de las conductas abusivas o del falseamiento de la competencia por actos desleales.
- d) Tanto la menor importancia (art. 5 LDC y arts. 1 y 2 del RDC) como la falta de sensibilidad (art. 3 del RDC) pueden y deben ser verificadas por las autoridades competentes para la aplicación de las normas de libre competencia, es decir, autoridades administrativas (nacionales o autonómicas) y jueces de lo mercantil. Existe no obstante una interpretación distinta que atiende a la literalidad del art. 3 del RDC cuyo alcance nos compartimos por los motivos ya antes expresados.

⁷¹ BERENGUER FUSTER, Luís y COSTAS COMESAÑA, Julio., “Comentarios a la regulación de las conductas...”, op. cit., p. 68 *“Aunque hubiese sido razonable que la CNC dispusiese, como una manifestación más, de su actuación discrecional, de cerrar diligencias y procedimientos por falta de interés público suficiente, desde una perspectiva coste de la actuación administrativa-beneficio para el orden público económico, sin necesidad de pronunciarse sobre la ilicitud antitrust de la conducta, no encontramos en la actual Ley 15/2007 resorte legal alguno que permita sustentar tal tipo de resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia o de una autoridad autonómica de competencia”*. Contrariamente a esta opinión CAMPO FANLO, Carmen, op. cit., p. 245 considera que en el preámbulo del RDC han quedado vestigios de dicha doctrina *“Con esta posibilidad [se refiere a la previsión establecida en el preámbulo del RDC] además de la doctrina de minimis (...) se estaría recogiendo la posibilidad ya contemplada en el Ley 16 /1989 de que, en aras a concentrar sus recursos, los órganos administrativos de defensa de la competencia pudiesen decidir no entrar a conocer determinados casos que, pese a tratarse de conductas prohibidas no afectasen el interés público, pero sí que pudiesen conocer sobre ellos los Juzgados de lo Mercantil (la llamada doctrina Automec)”*.

- e) Tratándose de la aplicación de la *regla de minimis* la labor que corresponde a las autoridades competentes es de simple verificación del cumplimiento del requisito positivo (umbrales de cuotas de mercado) y del negativo (criterios de exclusión). Una vez constatados estos presupuestos la regla opera de forma automática y sin que se requiera ninguna declaración al respecto. La sensibilidad por su parte, exige de un análisis más detallado, que deberá atender a las condiciones de cada mercado, por lo que en estos supuestos será necesario abrir una investigación y una vez constatada la no afectación sensible, se deberá producir una declaración en el sentido indicado por el art. 53.1 b) de la LDC.

3. ¿ES POSIBLE APLICAR UNA REGLA DE MINIMIS EN EL ORDENAMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA COLOMBIANO?

Ya hemos visto cómo la aplicación de la *regla de minimis* amplía el ámbito de la autonomía privada al tiempo que reduce las funciones de control a cargo de las entidades administrativas. Ahora bien, ¿en realidad es importante plantear la aplicación de esta regla en el Derecho colombiano?. La respuesta es a nuestro juicio afirmativa.

El éxito de un sistema de autoridad única como el que establece la Ley 1340/2009, no depende sólo del fortalecimiento de las competencias de investigación y sanción de la autoridad -en nuestro caso la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC)-, sino además del volumen de trabajo que ella debe asimilar y atender. Y, es justamente en este segundo aspecto que la *regla de minimis* cumple un papel fundamental; pues en la medida en que su aplicación permite excluir del ámbito de las prohibiciones las conductas que no afectan sensiblemente la competencia, se garantiza que la autoridad competente sólo emprenderá sus labores de investigación respecto de aquellos comportamientos relevantes y que en consecuencia podrá aprovechar sus esfuerzos y recursos en ellos⁷².

Desde otra perspectiva, la *regla de minimis* permite también que el Derecho antitrust funcione de manera armónica con el Derecho privado. En este sentido, amplía el margen de autonomía privada toda vez que limita la intervención y control administrativo a las conductas cuyos efectos anticompetitivos rebasan los límites establecidos en la ley, y además permite racionalizar el alcance de las normas de prohibición, que abandonan su carácter general para ser aplicadas bajo criterios de funcionalidad económica.

Buscar la interconexión entre el Derecho antitrust y el Derecho privado es cada vez más importante, para evitar que la libre competencia se convierta en una vía que altera el equilibrio en las relaciones contractuales e igualmente, para que las prohibiciones de las conductas restrictivas no impidan el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

⁷² Desde esta perspectiva se daría cumplimiento a los principios que rigen la función administrativa (art. 3 CCA).

Tras esta justificación, sea lo primero destacar que la SIC e igualmente la doctrina nacional, ya han dado pasos importantes para abonar el desarrollo de algunas teorías que buscan racionalizar la aplicación de las normas de libre competencia. Así, por ejemplo se ha reconocido que algunos comportamientos restrictivos deben excluirse del régimen de libre competencia por ser más favorables que perjudiciales para el funcionamiento del mercado (*rule of reason*); asimismo se ha regulado un sistema de exenciones singulares (párrafo del art. 1 de la Ley 155/1959) e igualmente se ha concedido una exención especial a favor del sector agrícola (art. 5 de la Ley 1340/1990).

También se han dejado sentir algunos pequeños avances en esta línea de interpretación, en la jurisprudencia contencioso-administrativa, que contradiciendo la estricta y mal entendida regla *per se* por parte de la SIC, ha insistido en diversas oportunidades sobre la necesidad de analizar los efectos (reales y potenciales) que sobre un mercado determinado producen las conducta restrictivas de la competencia⁷³.

⁷³ Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 27 de noviembre de 2003. M.P. Ligia Olaya de Díaz. *“La Sala no comparte la tesis expuesta por la Superintendencia toda vez que cada conducta o resultado del mercado debe ser analizado de manera particular, pues se presentan circunstancias que permiten desvirtuar la ilegalidad de los acuerdos. Los acuerdos y los actos contrarios a la libre competencia previstos en los artículos 47 y 48 del decreto 2153 de 1.992, no pueden considerarse como una responsabilidad objetiva, los eventos allí consignados se asemejan tal como lo precisa el Director del Centro de Estudios de Derecho de los mercados⁷³ ” a una presunción de ilegalidad, la cual puede desvirtuarse demostrando que en el mercado existe libertad de entrada, libertad de escogencia, variedad de precios y servicios, así como una eficiencia en el aparato productivo. Es decir que no basta con acreditar la existencia de un acuerdo de precios para establecer que se trata de un medio torcido o desleal, pues se requiere también demostrar que ese acuerdo tuvo como objeto impedir, restringir o falsear la competencia”*. Y, pese a que algunos de los apartados de la sentencia que citamos no terminan de ser claros, consideramos que en general esta decisión constituye un claro avance sobre la manera de ver e interpretar las prohibiciones de las conductas restrictivas. En nuestro parecer, el caso a que se refiere esta sentencia hubiese sido una buena oportunidad para analizar el tema de la sensibilidad de la afectación de la competencia, como también lo hubiera sido el caso resuelto a través de la resolución 28350 de 22 de noviembre de 2004, en éste último, la SIC confunde el tema del “efecto anticompetitivo” con la afectación de la competencia que son en realidad dos elementos distintos y constitutivos del ilícito antitrust; igualmente, confunde, la afectación de la competencia con la intencionalidad de la conducta o la buena fe de los infractores en el desarrollo de lo conducta, pues dando respuesta a los cuestionamientos del apoderado de los demandados, relativas a la falta de afectación de la competencia, termina por referirse a la buena fe e intención de quienes desarrollaron la conducta. Al parecer, no comprende la SIC, que el acuerdo es restrictivo no sólo cuando su objeto o efecto restringe la competencia sino que además y necesariamente la conducta debe AFECTAR la competencia en forma GRAVE o SENSIBLE. En este sentido, rechazamos las apreciaciones hechas por la SIC en la mencionada resolución en particular las siguientes: *“Creemos, como lo ha dispuesto el Consejo de Estado en sus precedentes jurisprudenciales, que la adecuación del precepto analizado está circunscrita a la existencia de un acuerdo con el objeto o el efecto de fijar precios, siendo estos los únicos elementos necesarios para su estructuración. Por tal razón, nos atenemos a la jurisprudencia que ha decantado esta Corporación, respecto a que la adecuación del numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no exige demostrar un perjuicio o daño objetivo para el mercado”*.

No existe sin embargo un desarrollo (legal y jurisprudencial) específico relativo a los acuerdos de menor importancia. Aunque la SIC y la doctrina sí han abordado el tema de forma tangencial.

Como en el Derecho europeo y español, las normas generales de prohibición de las conductas restrictivas en el ordenamiento colombiano (art. 1 Ley 155/1959, arts. 46 y 50 del Decreto 2153/1992 y art. 4 de la Ley 1340/2009), no hacen referencia a la “sensibilidad” de la afectación de la competencia, como un elemento estructural de la conducta ilícita. Este hecho, sin embargo, no es *per se* un obstáculo para el desarrollo de la doctrina de *minimis*.

La reciente Ley 1340/2009 a pesar de incorporar en el ordenamiento colombiano algunas de las instituciones más modernas -y también más controvertidas- del antitrust norteamericano y europeo⁷⁴, también guarda silencio en torno a las conductas de menor importancia. Pese a ello, creemos que tal y como ha ocurrido en otros ámbitos, es a la doctrina, a la SIC y a los jueces a los que en adelante les corresponderá avanzar mucho más de lo que ya se ha hecho en la línea de racionalizar la aplicación de las normas de libre competencia, reconociendo y regulando los acuerdos de menor importancia a partir de una interpretación coherente, racional y acotada de las prohibiciones.

A pesar del silencio regulatorio que hemos señalado, es preciso destacar que el art. 2 del Decreto 2153/1992 que enumera las funciones de la SIC, se alude de manera expresa a la “sensibilidad” (vid num. 1). La norma tras la expedición de la nueva Ley 1340/2009, no sólo ha conservado su vigencia sino que además ha visto reforzada su importancia. Literalmente establece lo siguiente:

“1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, las siguientes finalidades (...)”. (La negrilla y subraya es nuestra)

El alcance de esta disposición y, en particular, de la expresión subrayada, fue objeto de análisis por parte de la SIC en su concepto No. 02082486 del 18 de Noviembre de 2002. En dicha oportunidad, se concluyó -a nuestro juicio equivocadamente- que la expresión “significativas”, no podía interpretarse como una limitación a las competencias de la Superintendencia. En consonancia con ello la SIC precisó que sus potestades no estaban limitadas al campo de las conductas considerables o significativas⁷⁵.

⁷⁴ Nos referimos al sistema de delación, a la regulación de los criterios sobre para cuantificar el monto de las multas, la excepción de eficiencia en materia de concentraciones, a la doctrina probable y la abogacía de la competencia.

⁷⁵ Concepto de la SIC No. 02082486 del 18 de Noviembre de 2002 “El numeral 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992 establece como función de la Superintendencia de Industria y Comercio, la de “velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas

Si nos apegamos a una interpretación literal de la norma, deberíamos concluir que en el ordenamiento colombiano la menor importancia se regulada como un mecanismo que le permite a la SIC establecer prioridades en el desempeño de las funciones a su cargo, esto es, una especie de «doctrina Automec». Según la norma, la SIC sólo tendría que dar curso a las quejas o reclamaciones significativas, sobre las restantes nada se indica, pero sí que se deduce que la entidad podría ordenar su archivo.

Ahora bien, ¿en qué momento y sobre qué bases se establecería que una queja es significativa?. A nuestro juicio, la SIC no puede realizar esta calificación a priori. Se hace necesario en todos los casos adelantar las diligencias previas de investigación, para constatar en el curso de ellas si la conducta reviste importancia o no. Infortunadamente no existe dentro de nuestro ordenamiento ningún factor de orden cualitativo o cuantitativo que trace un límite respecto a la relevancia de las conductas. Así pues, quedará bajo la discrecionalidad de la SIC tal calificación.

En todo caso, tal como lo indicamos respecto al ordenamiento español, la discrecionalidad de la autoridad de competencia para establecer prioridades en el desempeño de sus poderes y funciones, no se corresponde con el verdadero sentido de la *regla de minimis*. Luego, es necesario cuestionarnos sí dentro del ordenamiento colombiano se podría pretender la aplicación de una *regla de minimis stricto sensu*, esto es, como mecanismo de atipicidad de las conductas contrarias a la libre competencia. Nuestra respuesta de nuevo debe ser afirmativa positiva.

En nuestra opinión la aplicación de la *regla de minimis* se impone por razones de coherencia. No se justifica prohibir conductas que no afectan el funcionamiento del mercado y que tampoco impiden el logro de ninguno de los propósitos que legalmente se pretenden alcanzar a través de las normas libre competencia. Tampoco es coherente interpretar y aplicar las normas de prohibición a todo tipo de acuerdo entre empresas,

*en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados **y dar trámite a aquellas que sean significativas**, para alcanzar en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a lo mercados de bienes y servicios; que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios." (Resaltado fuera del texto). En cuanto al alcance de la expresión "significativas", teniendo en cuenta que, ni el decreto 2153 de 1992 ni ninguna otra norma sobre la materia definen qué se debe entender por ésta en materia de prácticas comerciales restrictivas, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 28 del código de civil en virtud del cual, "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal." (...) Ahora bien, en nuestra opinión cuanto la norma establece que, la Superintendencia de Industria y Comercio debe tramitar aquellas reclamaciones que sean significativas, de ninguna manera le está restringiendo su campo de acción indicándole que únicamente pueda tramitar las que gocen de tal condición, es decir, no limita el trámite sólo a aquellas que gocen de tal característica. Ello es más claro aún del análisis sistemático y armónico de la norma frente a otras del decreto 2153 de 1992, tales como la prevista en el numeral 2 del artículo 2, conforme a la cual es evidente que, no solamente procede sanción en tratándose de conductas significativas". La negrita y subrayas son del texto.*

pues ello sería en realidad una vulneración de la autonomía privada. No tiene sentido prohibir conductas que sólo afectan la competencia de una forma mínima e insignificante.

Pero además de la coherencia, es importante tener en cuenta –como lo indicamos al iniciar este apartado- que la aplicación de esta *regla de minimis* podría agilizar el trámite de los procedimientos administrativos y permitir a la SIC dedicar sus esfuerzos a labores más importantes como las relativas a la abogacía de la competencia, ejecución de estudios de mercado, vigilancia sobre el cumplimiento de las órdenes y compromisos así como el análisis y la decisión de las concentraciones empresariales.

En cuanto a los criterios que permitirían definir la menor importancia y su alcance, consideramos que la experiencia ya ganada por el Derecho comunitario europeo y el Derecho español, deberían servir para acoger en este punto un sistema de naturaleza mixta, que tuviera en cuenta factores cuantitativos y cualitativos. En todo caso, en la determinación de estos criterios no se debería olvidar que la economía colombiana por ser una economía en crecimiento, tiene como sujetos principales del mercado pequeñas y medianas empresas, por lo que el volumen de ventas en principio no parece ser un indicador adecuado, pues conllevaría la inaplicación de las normas de competencia en la mayoría de los sectores de economía nacional; por su parte, las cuotas de mercado, podrían ser útiles siempre que no fuesen un criterio único ni de aplicación aislada.

En cuanto al alcance de la *regla de minimis*, consideramos que su aplicación debería estar restringida al ámbito de las conductas (actos y acuerdos) excluyendo el abuso de posición dominante, pues como la mayoría de la doctrina en España lo señala, creemos que la calificación de menor importancia choca frontalmente con la noción de abuso, que en sí misma incorpora la idea de poder de mercado y de impacto sensible o afectación considerable de la competencia.

Para concluir estas cortas reflexiones sobre la aplicación de la *regla de minimis* en el ordenamiento colombiano, es preciso reflexionar sobre qué tipo de Derecho de la competencia buscamos y en qué medida nuestra elección podría afectar la labor de las pequeñas y medias empresas.

Las relaciones comerciales (acuerdos, convenios, asociaciones y todas aquellas formas atípicas de cooperación entre empresas), son esenciales para que nuestra economía se mueva y crezca. A nuestro juicio, no debemos impedir el desarrollo de estas conductas o mejor dicho, debemos reducir el control que se ejerce sobre ellas, limitando la acción de las autoridades competentes a los casos en que el desarrollo de las conductas perjudica realmente y de forma considerable el mercado.

El funcionamiento de un sistema de autoridad única como el que ha puesto en marcha la Ley 1340/2009 exige el compromiso de distintos operadores. Del Gobierno comprometido en una dotación más amplia e integra de recursos, de la Entidad (SIC) que debe propender por una organización eficaz de su presencia y gestión y, de los ciudadanos, que deben hacer un uso racional de los servicios que se prestan a su favor. Todo esto contribuirá a que la SIC pueda dedicar sus recursos a asuntos de mayor relevancia sin tener que abandonar sus labores de promoción de la competencia y de difusión sobre la importancia y utilidad de la regulación de libre competencia en Colombia.