

LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN LA LEY 15/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Cristina PELLISÉ

Vocal del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia
Catedrática EU de Derecho internacional privado
Universitat de Barcelona

La regulación de las conductas de menor importancia¹ en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia y sus normas de desarrollo era insuficiente e insatisfactoria. En esta Ley, la figura de los acuerdos *de minimis* aparecía como una matización formal a la obligación absoluta de perseguir todos los acuerdos, incluso aquellos que por su escasa importancia, no afectasen de forma significativa a la competencia. En la práctica, la cláusula apenas tuvo aplicación y cuando fue utilizada, aparecía tanto como una manifestación de la potestad discrecional de la autoridad de competencia de no incoar o sancionar una conducta, como una limitación a la aplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos verticales en virtud del correspondiente reglamento comunitario de exención.

Con la publicación del Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia y el anuncio explícito de que con la nueva normativa española se pretende corregir las insuficiencias de la anterior Ley en cuanto a la indefinición del tratamiento de los acuerdos de menor importancia², se abre el debate sobre cuál ha de ser el objeto y los efectos de la cláusula *de minimis*. Las propuestas que se barajan son diversas: exigir que la restricción de la competencia sea apreciable; consolidar un margen de discrecionalidad para decidir no perseguir una conducta prohibida; introducir criterios de definición del concepto de menor importancia; prever una aplicación diferenciada de la cláusula por las diferentes autoridades administrativas y judiciales, etc.

¹ «Conducta de menor importancia» es la terminología consolidada en la nueva legislación española de defensa de la competencia. Otra expresión equivalente que es habitual, en particular, en el Derecho comunitario de la competencia, es la de conducta *de minimis* (terminología aplicada en otras ramas del Derecho). En esta colaboración se utilizan indistintamente ambas expresiones.

Finalmente, el debate generado por el Libro Blanco ha conducido a unos cambios importantes de los planteamientos iniciales del Ministerio de Economía y Hacienda. El resultado final —plasmado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia³— es novedoso no sólo respecto a la situación anterior en el Derecho español, sino también en relación con el Derecho comunitario y con el Derecho comparado.

En esta colaboración se aporta, en primer lugar, una descripción exhaustiva de la regulación de las conductas de menor importancia en el nuevo Derecho de la competencia español. A continuación, se abordan algunas cuestiones concretas que suscita la aplicación de la nueva regulación de la cláusula de las conductas de menor importancia en España, desde aspectos derivados de la coexistencia de normas y de la pluralidad de autoridades competentes hasta aspectos relativos al ámbito material de aplicación que se atribuye a la cláusula.

1. LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN EL NUEVO DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como ya se ha mencionado, el tratamiento legal de las conductas de menor importancia era uno de los aspectos de la anterior normativa española de defensa de la competencia que necesitaba ser mejorado⁴. No se trataba tanto de que la regulación hubiese quedado obsoleta sino de que era insuficiente. Por ello, la intención de partida era acabar con la indefinición tanto del concepto de «menor importancia» como de los efectos de estas conductas⁵.

En cuanto a lo primero, la LDC 1989 no dejaba claro si la escasa importancia se refería a la conducta en sí misma o a las empresas que celebraban los acuerdos. Y en cuanto a lo segundo, no precisaba si la conducta era una práctica prohibida que se podía no perseguir, o si se trataba de acuerdos que presentaban insuficiencia de interés público para la actuación administrativa, o, finalmente, si se trataba de prácticas en las que no concurrían los requisitos para que hubiera infracción a la Ley⁶.

² Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, p. 9. Este documento y el resto de textos y aportaciones relativos a la fase preparatoria de la nueva legislación española de defensa de la competencia pueden ser consultados en la dirección <http://www.cncompetencia.es/index.asp?m=64&p=63>.

³ En adelante, respectivamente, LDC y RDC.

⁴ En la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC 1989), la regulación de la cláusula *de minimis* se hallaba en los arts. 1.3 y 3.2.c), que fueron modificados mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC 1989.

⁵ Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, p. 49.

⁶ La verdad es que cualquiera que fuera la opción adoptada, el resultado práctico era casi el mismo, pues en la primera opción, la exigencia de una decisión administrativa firme previa del art. 13.2

En enero del año 2005, el Libro Blanco propuso una regulación de las prácticas *de minimis* en tanto que mecanismo que garantizase que cada jurisdicción se ocupara principalmente de aquellos asuntos para los que estuviera mejor situada. Y, en el marco de este objeto, consideraba que la cláusula *de minimis* constituía un mecanismo para que la Administración se pudiese centrar en los asuntos que revistiesen un mayor interés público, quedando en manos de los jueces la tutela judicial efectiva de aquellas conductas que afectasen principalmente a los intereses privados de determinados operadores. En otras palabras, se estimaba que para permitir a la Comisión Nacional de la Competencia centrar su actuación en aquellos asuntos que generasen mayores problemas desde la perspectiva de la competencia, parecía preciso prever la no persecución de las conductas de menor importancia por parte de la autoridad estatal, sin que ello implicase la inexistencia de infracción y, por tanto, impidiese su persecución por las autoridades autonómicas, en su caso, o por los jueces⁷. Por tanto, en ese momento, se proponía un sistema de conductas de menor importancia que no afectaba a los requisitos del ilícito, a diferencia del Derecho comunitario. Pero, para la concreción del concepto, se propugnaba la introducción de elementos cuantitativos de cuota de mercado sobre la base de la Comunicación *de minimis* de la Comisión Europea⁸.

Un año más tarde, el Ministerio de Economía y Hacienda hizo público un texto de Anteproyecto de Ley que se caracteriza por:

- extender la cláusula de menor importancia a todos los tipos de conductas prohibidas;
- concebir la cláusula *de minimis* como un mecanismo al servicio de las autoridades administrativas (el art. 5 del Anteproyecto menciona expresamente a la CNC y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas) que podrían no incoar o archivar los procedimientos que por su escasa importancia no fuesen susceptibles de afectar de forma significativa a la competencia;
- prever que las autoridades administrativas podrían dictar resoluciones que declarasen la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no fuesen capaces de afectar de manera significativa a la competencia (art. 53);
- dejar expresamente a salvo la posibilidad de que las partes ejercitasen las acciones correspondientes ante la jurisdicción competente; y

de la LDC 1989 y la poca inclinación de la autoridad administrativa a aplicar este concepto, hacían casi totalmente imposible pretender el resarcimiento de daños y perjuicios de una conducta *de minimis*. Seguramente, esta situación es la que en cierto modo condujo al convencimiento mayoritario de que la cláusula *de minimis* estaba emparejada con la no concurrencia de los requisitos de infracción de la LDC 1989, a semejanza del Derecho comunitario.

⁷ Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, pp. 37, 38 y 54.

⁸ Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del art. 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*) (DOCE C 368, de 22 de diciembre de 2001, p. 13).

- remitir a un posterior desarrollo reglamentario las características que otorgarían a una práctica la condición de conducta de menor importancia.

Por tanto, en el Anteproyecto de Ley, la cláusula de menor importancia se vinculaba al margen de discrecionalidad de las autoridades administrativas y no a la delimitación de las conductas prohibidas. La exigencia de afectación sustancial o sensible de la competencia quedaba fuera del texto, de tal forma que tanto los tribunales mercantiles como los arbitrales hubieran podido considerar ilícitas todas las conductas que respondiesen a los tres tipos descritos con independencia de su grado de afectación a la competencia.

Respecto a la LDC 1989, el cambio propuesto se limitaba a una mayor positivización de la cláusula de conductas de menor importancia y a la previsión de su concreción por vía reglamentaria. No había novedades ni de concepto ni de efectos, salvo la extensión de la aplicación de la cláusula a los tres tipos de conductas prohibidas.

Medio año más tarde, el Gobierno remitió el Proyecto de Ley a las Cortes Generales. El texto enviado modificó sensiblemente la propuesta del Anteproyecto⁹.

La regulación de la cláusula *de minimis* del Proyecto de Ley es la que finalmente se aprueba en la LDC. Esta regulación es analizada con detalle a continuación. Pero, con carácter previo, conviene observar que aunque entre el Anteproyecto y el Proyecto de Ley se modifica únicamente el art. 5, esta modificación altera notoriamente el alcance y la función de los otros artículos de la Ley que completan la regulación de la cláusula de menor importancia.

A. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA

El régimen jurídico básico de las conductas de menor importancia se encuentra actualmente en la LDC y en el RDC. Sin embargo, hay que recordar que esta regulación de origen estatal se completa con la contenida en los diferentes reglamentos de exención por categoría comunitarios, incorporados a nuestro sistema interno de defensa de la competencia en virtud del art. 1.4 LDC¹⁰. En cuanto a esta regulación de origen comunitario, cabe recordar que contiene básicamente:

- unos criterios de delimitación del concepto *de minimis* basados en la cuota de mercado de las empresas participantes en los acuerdos fijados;

⁹ Hay que decir que fueron numerosas las observaciones presentadas al Libro Blanco que desdían, total o parcialmente, de la solución anunciada.

¹⁰ Además de haber sido incorporados al Derecho interno, estos Reglamentos y Comunicaciones deberán ser aplicados como Derecho comunitario en supuestos de aplicación del art. 81 Tratado CE.

- una relación de restricciones de la competencia por su objeto que abortan la aplicación de la cláusula *de minimis*;
- unas orientaciones para la evaluación de las restricciones de la competencia que deberán ser tenidas en cuenta para decidir si el acuerdo no afecta de manera significativa a la competencia, en aplicación del art. 3.1 RDC.

Entrando ya en la regulación de origen estatal, a continuación, se relacionan y describen someramente los preceptos de la LDC y del RDC relevantes a los efectos de configurar el régimen jurídico de la cláusula de menor importancia. En los comentarios posteriores se introducen las consideraciones que suscita esta normativa.

a) *La regulación en la Ley de defensa de la competencia*

El Preámbulo de la LDC de 2007 explica que «se extiende a todos los tipos de infracción previstos en este capítulo la exención de las conductas que resulten de la aplicación de una norma con rango de Ley y de las conductas *de minimis*, entendidas como aquellas que, por su menor importancia, no son susceptibles de afectar de forma significativa a la competencia, cuyas características se concretarán mediante el correspondiente desarrollo reglamentario». Dicho esto, *en la LDC, la regulación de las conductas de menor importancia se configura a partir de las disposiciones siguientes:*

- *Art. 5:*
 - se prevé que en el supuesto de conductas de menor importancia no se aplicarán las prohibiciones de los arts. 1 a 3;
 - se definen las conductas de menor importancia como aquellas que no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia;
 - Se establece que reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia y se fija ya que un criterio esencial será la cuota de mercado.
- *Art. 53.1.b):* Se prevé que las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrán declarar la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia¹¹.
- *Disposición Final Segunda.* Contiene una habilitación normativa en virtud de la cual se autoriza al Gobierno para que dicte las disposiciones reglamentarias que desarrollen, entre otras cuestiones, el tratamiento de las conductas de menor importancia.

¹¹ Este precepto prevé otras dos posibles declaraciones: a) la existencia de conductas prohibidas por la Ley o por los arts. 81 y 82 del Tratado CE; y b) no resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas.

Además, como se constatará más adelante, es igualmente relevante el art. 49.3 LDC que permite a la Comisión Nacional de la Competencia no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de conductas prohibidas y archivar las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción a esta Ley.

b) *El desarrollo de la regulación en el Reglamento de defensa de la competencia*

En cumplimiento de lo dispuesto en la mencionada Disposición final segunda de la LDC, el RDC concreta las características de las conductas de menor importancia. El preámbulo del RDC así lo confirma al recordar que el Reglamento «[...] desarrolla lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, relativo a las conductas de menor importancia, determinando los criterios para la delimitación de dichas conductas». A continuación, añade que «no obstante, teniendo en cuenta la práctica y la experiencia que se vaya adquiriendo al respecto, así como las comunicaciones de la Comisión Europea en esta materia, la Comisión Nacional de la Competencia podrá elaborar una comunicación para aclarar dichos criterios»¹². *Las disposiciones del RDC que regulan la materia objeto de estudio son las siguientes:*

- *Art. 1:* Concreta la aplicación del criterio basado en la cuota de mercado para delimitar las conductas de menor importancia. Se distinguen las situaciones verticales (15 por 100 de cada partícipe) de las horizontales (10 por 100 conjunta). Se establecen reglas específicas para los casos inciertos (10 por 100 conjunta¹³ en cada uno de los mercados afectados) y para los supuestos de red (5 por 100 conjunta o de cada partícipe)¹⁴.
- *Art. 2:* Se fija una relación de prácticas excluidas del concepto de «conducta de menor importancia»¹⁵. Concretamente, se excluye una relación taxativa de conductas bilaterales y restrictivas por su objeto, diferenciando entre las conductas entre competidores, las que son entre no competidores, y las que son entre competidores que a efectos del acuerdo operen a niveles distintos de la cadena de producción o distribución. Además, se establecen dos excepciones suplementarias novedosas, relativas a las conductas desarrolladas por empresas beneficiarias de derechos exclusivos y a las conductas

¹² Esta última frase no constaba en el proyecto de Reglamento.

¹³ Aunque no se especifique que se refiere a la cuota conjunta, parece que es la solución lógica.

¹⁴ Aunque tampoco lo especifique el texto, se entiende que se refiere a una cuota conjunta o de cada partícipe en función del carácter horizontal o vertical de la conducta.

Además, este precepto excluye la posibilidad de aplicar esta regla si menos del 30 por 100 del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos. Esta precisión no constaba en el proyecto de Reglamento y fue añadida posteriormente, también en la línea de la comunicación comunitaria.

¹⁵ Aunque esta posibilidad no está mencionada en la LDC, la fijación de exclusiones, referidas generalmente como *hard core restrictions*, es habitual en las regulaciones sobre *de minimis*.

desarrolladas por empresas presentes en mercados relevantes en los que más del 50 por 100 esté cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales. Finalmente, se establece una definición autónoma de los conceptos de venta activa, venta pasiva y cláusula de no competencia, a los efectos de establecer las exclusiones al concepto de menor importancia.

- *Art. 3:* Bajo el título «otras conductas de menor importancia», este artículo que no constaba en el proyecto de Reglamento, contiene dos apartados de muy distinto signo. Por un lado, prevé que la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los arts. 1 a 3 de la LDC a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia¹⁶. A continuación, se prevé que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar comunicaciones para desarrollar los criterios de delimitación de las conductas de menor importancia del art. 5 LDC.
- *Art. 25.5:* Dispone que, presentada una denuncia, cuando la Dirección de Investigación considere que no procede la iniciación de un procedimiento porque no hay indicios de infracción a la Ley (supuesto previsto en el art. 49.3 LDC 2008), propondrá al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que adopte un acuerdo motivado de no iniciación del procedimiento. El acuerdo¹⁷ del Consejo puede estar justificado, entre otros motivos, en base a la existencia de una práctica de menor importancia. Pero si el Consejo estima que pudiera haber indicios de infracción, instará a la Dirección de Investigación la incoación del correspondiente expediente (art. 27.1). El acuerdo ha de ser notificado al denunciante, que puede recurrirlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁸.
- *Art. 34:* Se refiere a los supuestos en que ya se ha incoado el expediente y la Dirección de Investigación elabora una propuesta de resolución. El precepto contempla dos posibilidades: se considera que se ha producido una infracción o se considera que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas. No incluye ninguna indicación sobre la posibilidad de que la propuesta consista en declarar «la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia», tal y como prevé el art. 53.1.b) LDC, desarrollado mediante el precepto que se analiza a continuación.
- *Art. 38.2:* Una vez incoado el procedimiento, este artículo describe los tres posibles contenidos declarativos de las resoluciones que ponen fin al procedimiento (también puede finalizar mediante una terminación convencional). Este precepto desarrolla el art. 53.1 LDC.

¹⁶ Con esta previsión se da cabida a la declaración caso por caso de conductas de menor importancia al margen del criterio de la cuota de mercado.

¹⁷ En la práctica actual, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha optado por la adopción de resoluciones también en estos supuestos de no incoación de expediente.

¹⁸ Disposición Adicional Séptima.Dos.f) y Tres LDC 2008.

Uno de los contenidos previstos es que se declare «la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia».

Conocida así la regulación de las conductas de menor importancia, pasamos a continuación a desgranar las principales características de este mecanismo en el Derecho español de defensa de la competencia.

B. EL CONCEPTO DE CLÁUSULA DE MENOR IMPORTANCIA

Desde una perspectiva general de la práctica jurídica, es interesante recordar que el mecanismo de la cláusula de menor importancia aglutina una variedad de técnicas que tienen en común el hecho de establecer una solución específica para supuestos definidos en atención a su «escasa importancia»¹⁹. A esta definición genérica responden los diferentes mecanismos utilizados esencialmente en las áreas del Derecho económico²⁰. El elemento común de todos ellos está en la razón que justifica el establecimiento de una solución específica²¹ y no en la solución establecida. La función de la cláusula *de minimis* es siempre la de establecer una solución diferente, que podrá consistir tanto en una exención, como en una excepción o en una simplificación de las obligaciones establecidas.

Sin ir más lejos, en la nueva legislación española de Defensa de la Competencia, la cláusula *de minimis* se concreta tanto en una exención legal a la aplicación de las prohibiciones (art. 1 RDC), como en una exención individual a la aplicación de estas mismas prohibiciones (art. 3.1 RDC) o como en una simplificación del procedimiento de notificación en el ámbito del control de concentraciones (art. 57 RDC)²².

¹⁹ No en vano, la otra terminología utilizada comúnmente es la locución latina *de minimis* que significa «insignificante».

²⁰ En particular, además del Derecho de la competencia (*antitrust*, control de concentraciones y control de ayudas públicas), en el Derecho tributario, en el Derecho arancelario y en el Derecho de la propiedad intelectual e industrial. En el Derecho comunitario esta cláusula también aparece en el ámbito de las libertades de circulación (por ejemplo, en la sentencia del asunto C-244/04) y en el de las normas de etiquetado de los productos (Reglamento CE núm. 1139/98).

²¹ Deberá tratarse de una situación «insignificante», si bien la forma de medir la insignificancia variará.

²² En la presente colaboración, esta tercera utilidad de la cláusula *de minimis* no es abordada. Sin embargo, tratándose de una novedad de la LDC, cabe aportar alguna información. El Libro Blanco menciona la idea de introducir la cláusula *de minimis* como criterio complementario para aplicar a determinadas operaciones un procedimiento de control simplificado. Esta función de la cláusula difiere de la de otros sistemas, como el alemán que es mencionado en el Libro Blanco, que excluyen del control algunas operaciones aunque superen los umbrales cuantitativos a partir de los cuales existe la obligación de notificar (Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, pp. 62, 73 y 77).

La regulación de la cláusula *de minimis* en relación con el control de concentraciones se halla en el art. 56 LDC.1.b), el cual dispone que cuando la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia, se podrá seguir un procedimiento abreviado. El art. 57 RDC desarrolla este precepto, fijando los umbrales cuantita-

El art. 1, apartados 1, 2 y 3 de la LDC, describen las conductas prohibidas, mientras que el art. 1, apartados 3 a 5, y los arts. 4 y 5 de esta misma Ley establecen las excepciones que conllevan la exclusión automática de una conducta del ámbito de las prohibiciones. Dicho de otro modo, la LDC establece tres supuestos de exenciones legales, esto es, tres supuestos en los que se afirma que la prohibición no se aplicará²³:

- las conductas que generan beneficios suficientes del art. 1, apartados 3 a 5 (en base a los criterios generales del apartado 3 de este precepto, a los criterios de los reglamentos comunitarios por categoría incorporados al Derecho español o a los reglamentos por categoría adoptados por el legislador español). Es una exención que sólo se aplica a las conductas colusorias del art.1;
- la reserva de Ley del art. 4 que se aplica a todas las conductas prohibidas; y
- las conductas de menor importancia del art. 5, que también se aplica a todas las conductas prohibidas.

Los tres supuestos constituyen exenciones legales y totales, que excluyen de la prohibición a las conductas, sin necesidad de incoar expediente. Su diferente tratamiento sistemático se debe a que tienen un ámbito material de aplicación diferente.

Por tanto, la figura de las conductas de menor importancia en la nueva Ley española de defensa de la competencia constituye un supuesto de exención legal. De esta forma, la aplicación de las prohibiciones en la LDC exige una triple comprobación en el caso de las prácticas concertadas (conducta que genera beneficios, reserva de Ley y *de minimis*) y una doble verificación en los casos de abuso de posición dominante y de conductas desleales que falsean la competencia (reserva de ley y *de minimis*).

Pero esta caracterización se altera parcialmente con el RDC debido a la adición de una segunda función a la cláusula de menor importancia. En efecto, 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 la competencia de no perseguir determinadas conductas que, «atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia». Recordemos que ésta era la única función que figuraba en los

tivos a partir de los cuales se considerará que existe una participación de menor importancia. Estos umbrales se basan en la cuota de mercado.

A lo mejor, también se podría haber establecido un sistema *de minimis* de exención, para supuestos en los que la operación de concentración no implicase una adición de cuota o implicase únicamente un reducido porcentaje de adición de cuota. En estos supuestos se hubiera podido eximir automáticamente a las empresas partícipes de la obligación de notificar.

²³ La LDC 1989 preveía tres excepciones a la prohibición general de los acuerdos restrictivos entre empresas: la reserva de Ley, la autorización singular y la exención por categoría. De éstas, sólo la primera constituía una exención legal.

documentos iniciales del proceso de reforma iniciado con el Libro Blanco. Se reconoce la facultad de, al margen del mecanismo automático del art. 1 RDC y salvadas las excepciones del art. 2 RDC, no sancionar una conducta que, tras haber sido objeto de un expediente, es considerada de menor importancia²⁴. La necesidad de incoar se fundamenta en la remisión al art. 53.1.b) LDC. Cabe observar que, como volveremos a insistir, esta facultad es exclusiva de las autoridades administrativas, con exclusión de los tribunales.

En suma, en el nuevo Derecho de la competencia español la cláusula de menor importancia es susceptible de ser aplicada de dos maneras diferentes:

- Si la conducta no supera los umbrales establecidos en el art. 1 RDC y no cae en las excepciones del art. 2 de este Reglamento²⁵, se aplica la excepción legal de forma automática. La conducta no está prohibida. Su licitud no queda supeditada ni al arbitrio de la autoridad administrativa ni al de los tribunales ordinarios. En este supuesto, no debiera ser incoado expediente y la denuncia presentada debería ser evacuada según dispone el art. 49.3 LDC²⁶. Pero si incurre en alguna de las excepciones de este art. 2²⁷, la conducta es restrictiva *per se* y será objeto del correspondiente expediente sancionador, salvo la concurrencia de una situación de reserva de Ley;
- Si la conducta no entra en los umbrales del art. 1 RDC y no cae en las excepciones del art. 2 RDC, la autoridad de defensa de la competencia puede ejercer su margen de discrecionalidad para decidir no sancionar. Ahora bien, deberá instruir el correspondiente expediente sancionador y motivar su decisión con el fin de poder afirmar que la conducta, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no es apta para afectar de manera significativa a la competencia.

En el apartado de los efectos, se concretarán más las consecuencias de esta dualidad funcional. Sin embargo, interesa observar que con esta regulación de las conductas de menor importancia, cabe entender que la afectación sensible a la competencia no constituye un elemento del tipo de las conductas prohibidas. En efecto, la autoridad administrativa no tiene la obligación de comprobar que la afectación a la competencia es sensible,

²⁴ En cierto modo cabría plantearse si no se ha producido en este punto un desarrollo reglamentario *ultra vires*, lo que sería legalmente reprobable. Sin embargo, también cabe defender que esta función subyace en la LDC y que lo que hace el RDC es organizar esta doble función de la cláusula *de minimis*.

²⁵ Debemos añadir: ni en ninguna de las cláusulas negras previstas en los Reglamentos por categoría.

²⁶ Aunque en caso de no apreciarse esta circunstancia *ab initio*, nada impide que el expediente incoado finalice con una resolución declarativa de conducta de menor importancia, en los términos del art. 53.1.b) RDC.

²⁷ Debemos otra vez añadir: o en cualquiera de las *hard core restrictions* de los reglamentos por categoría.

y los tribunales ordinarios no pueden inaplicar la prohibición en base a la ausencia de afectación sensible, salvo en los supuestos del art. 1 RDC²⁸.

C. LOS CRITERIOS PARA LA DELIMITACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA

En el anterior marco legal, la necesidad de fijar criterios para la aplicación de la cláusula *de minimis* era un clamor general. Al configurar la nueva LDC las conductas de menor importancia como exención legal, la fijación de criterios delimitadores pasa a ser indispensable. Los criterios son imprescindibles para favorecer la automaticidad y la autoevaluación que requiere una exención legal, pero no porque el mecanismo *de minimis* afecte al tipo de las conductas prohibidas (que como ya hemos afirmado, no hace). En la LDC, las conductas de menor importancia no alteran ni configuran los tres tipos de conductas prohibidas.

Para que una exención legal sea viable tienen que existir unos criterios delimitadores del ámbito de aplicación de la exclusión que puedan ser aplicados por los operadores para autoevaluarse²⁹. La introducción de criterios que objetiven la aplicación de la cláusula es imprescindible para posibilitar una exclusión automática del ámbito de la prohibición, esto es, para el buen funcionamiento de esta exención legal³⁰.

Para fijar criterios, las opciones que tenía el legislador eran muy diversas. Podía optar entre establecer unos criterios autónomos o efectuar una remisión a los criterios vigentes a nivel comunitario, siguiendo la técnica de los reglamentos de exención por categoría. También podía adoptar criterios, cuantitativos y/o cualitativos; generales y/o específicos por tipo de conducta, por sector afectado, para favorecer a las pymes, etc. Finalmente, los criterios cuantitativos podían basarse en la cuota de mercado y/o en el tamaño de las empresas. Las soluciones existentes en el Derecho comparado son variadas.

Finalmente, el legislador español ha optado por establecer criterios propios, aunque eso sí, muy inspirados en los comunitarios actuales. Esta

²⁸ Una opción diferente es la adoptada a nivel comunitario: en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se exige que haya una afectación significativa o importante (sensible) a la competencia en el mercado. A nivel comunitario, debe tenerse el convencimiento de que hay una afectación sensible porque, en caso contrario, no hay una conducta prohibida.

²⁹ Nos remitimos a los debates mantenidos en el momento de adoptar el Reglamento comunitario 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

³⁰ Cuando la cláusula de las conductas de menor importancia actúa como manifestación del margen de discrecionalidad de la autoridad, estos criterios no son indispensables. Por ello, el art. 3.1 RDC únicamente impone el método del caso por caso, al exigir tener en cuenta el contexto jurídico y económico de la conducta. El art. 3.2 RDC que será comentado más adelante, debe interpretarse en el sentido de que la autoridad administrativa puede hacer públicas orientaciones sobre cómo piensa aplicar su margen de discrecionalidad.

opción facilita la aplicación paralela de los dos sistemas de defensa de la competencia, el comunitario y el nacional, vigentes en España, y la coherencia interna del propio sistema español debido a la incorporación a nuestro sistema de los Reglamentos comunitarios por categoría.

La delimitación de las conductas que son consideradas de menor importancia puede hacerse en términos positivos y/o negativos. En el Libro Blanco únicamente se puso sobre el tapete la necesidad de una delimitación positiva de este concepto y propuso para ello un criterio cuantitativo basado en la cuota de mercado. Durante el periodo de consulta no se hizo hincapié sobre esta cuestión.

El art. 1 RDC delimita, desde la vertiente positiva, las conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado. Este criterio de carácter relativo implica la necesidad de delimitar el mercado relevante, con las dificultades que puede suponer en algunos casos. Sin embargo, es posible que conocidas las ventas de una empresa en términos absolutos sea suficiente para poder deducir si se está por debajo de los umbrales.

Este precepto fija umbrales idénticos a los vigentes a nivel comunitario³¹. Aunque tener los mismos niveles facilita, en principio, la aplicación paralela de ambos sistemas de normas, a lo mejor se habría podido plantear la oportunidad de fijar niveles algo inferiores, atendiendo a la dimensión más pequeña del mercado español y al hecho de que estos criterios son los mismos para las Comunidades Autónomas.

El art. 1 RDC establece los umbrales de cuota de mercado a partir de la diferenciación habitual entre prácticas horizontales y verticales. El tenor literal de este precepto sigue muy fielmente los apartados 7 y 8 de la comunicación *de minimis* de la Comisión Europea. Sin embargo, más allá de esta gran similitud, es procedente poner de relieve algunas diferencias en la formulación de los umbrales:

- En los supuestos de efectos acumulativos, mientras que el tono de la Comunicación es muy orientativo, en el RDC es imperativo, seguramente en consonancia con la diferente función de los criterios en ambos sistemas: delimitadores de la excepción legal en España y orientativos en el Derecho comunitario.
- En el RDC desaparece el elemento evolutivo de la cuota de mercado que se establece en el apartado 9 de la Comunicación de la Comisión. Esta eliminación da un mayor automatismo al sistema español, pero también una mayor rigidez formal al concepto de conducta de menor importancia.

Más allá de estas diferencias, cabe realizar una observación general sobre el alcance material de este criterio de delimitación. Mientras que la comunicación comunitaria únicamente aplica estos criterios a los acuerdos entre empresas (art. 81 Tratado CE), en el sistema español la situación no es tan cla-

³¹ La Comisión Europea subió los umbrales de cinco puntos en el año 2001.

ra. 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 LDC. Pero, por el otro lado, en el texto de este art. se describen únicamente 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 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. En cierto modo, este hecho nos hace entrever que muy difícilmente tendrá aplicación la excepción legal basada en las conductas de menor importancia cuando se trate de una conducta unilateral. Esta constatación no impide que, en aplicación del art. 3.1 RDC, una autoridad de la competencia pueda declarar que un supuesto unilateral, por ejemplo, de abuso de posición de dominio, constituye una conducta de menor importancia.

El RDC también delimita el concepto de conducta de menor importancia en sentido negativo. Al igual que la comunicación de la Comisión Europea y que la mayor parte de regulaciones nacionales relativas a la cláusula *de minimis*, el art. 2 RDC establece una lista de excepciones que invalidan la aplicación de la exención de menor importancia a determinadas conductas consideradas especialmente lesivas para la competencia (*hard core restrictions*). Los tres primeros apartados del art. 2 RDC siguen muy fielmente a la comunicación *de minimis* de la Comisión Europea. En estos apartados se describen prácticas colusorias que son *per se* restrictivas y que están prohibidas, salvo que estén cubiertas por una reserva legal. A esta lista de conductas, hay que añadir las contenidas en los Reglamentos comunitarios por categoría.

El aspecto más novedoso de las excepciones a la cláusula de menor importancia se halla en el apartado 4 del art. 2 RDC. Este apartado contiene una excepción atendiendo a la posición de la empresa partícipe en el mercado («empresas titulares o beneficiarias de derechos exclusivos») y otra excepción atendiendo a las características del mercado («mercados relevantes en los que más del 50 por 100 esté cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales cuyas consecuencias sean similares»). Estas excepciones pueden tener aplicación en relación con los tres tipos de prácticas prohibidas, esto es, también en los supuestos de prácticas unilaterales.

La participación en una conducta de una empresa titular de derechos exclusivos impedirá que una autoridad administrativa pueda decidir no sancionar una actuación unilateral abusiva o una práctica concertada, aunque sea de escasa entidad. Aunque no lo precise el tenor literal, debería considerarse que debe tratarse de derechos exclusivos en cualquiera de los mercados afectados, inclusive los mercados ascendentes en supuestos de mercados conexos. Esta excepción limita muy sensiblemente la aplicabilidad

potencial de la cláusula *de minimis* en supuestos de abuso de posición dominante. Ahora bien, no debe deducirse que toda conducta de una empresa con derechos exclusivos es *per se* abusiva.

La excepción relativa a los mercados cubiertos en más de un 50 por 100 por redes paralelas completa la previsión específica relativa a la restricción del ámbito de la exención legal cuando el mercado está cubierto en más del 30 por 100 por redes. Así la situación desde el punto de vista de la existencia de redes paralelas sería la siguiente:

- mercado cubierto por redes paralelas de acuerdos hasta el 30 por 100: posibilidad de aplicar la exención legal según los umbrales generales del art. 1 RDC;
- mercado cubierto por redes paralelas de acuerdos entre el 30 y el 50 por 100: posibilidad de aplicar la exención legal según los umbrales reducidos al 5 por 100 del art. 1 RDC; y
- mercado cubierto por redes paralelas de acuerdos en más del 50 por 100: imposibilidad de aplicar la exención legal.

Las PYMES deben ser especialmente cuidadosas a la hora de valorar sus actuaciones y tener en cuenta este régimen más estricto para las conductas realizadas en mercados cubiertos por redes paralelas.

Es importante destacar que la delimitación negativa de las conductas de menor importancia no sólo constituye una excepción a la exención legal de menor importancia, sino que establece también un límite a la facultad discrecional de las autoridades de la competencia en la aplicación del art. 3.1 RDC. Así, por ejemplo, una autoridad de competencia no puede declarar que una conducta realizada por una empresa titular de derechos exclusivos no tiene efectos sensibles sobre la competencia. Tampoco podrá declarar de menor importancia una conducta bilateral que supera los umbrales si en ella participa una empresa con derechos exclusivos.

Como apunte final en relación a los criterios, vale la pena señalar una cuestión que será posteriormente completada desde otras vertientes. Se trata de la posibilidad o no, de incorporar nuevos criterios de delimitación de las conductas de menor importancia. Al respecto, nos inclinamos por considerar que, en tanto en cuanto se trata de una exención legal, sólo puede modificarse los criterios mediante una norma del mismo rango o adoptada por el Gobierno en virtud de una habilitación legal suficiente. Cualquier criterio establecido por una autoridad de la competencia en base al art. 3.2 RDC constituirá una comunicación interpretativa de cómo tiene la intención de ejercer su margen de discrecionalidad en cuanto a la resolución de expedientes y, por ello, sólo la vinculará a ella.

D. *Los efectos de la cláusula de menor importancia*

El Libro Blanco proponía que la cláusula *de minimis* sirviera para delimitar el sistema de reparto de funciones entre la administración y la ju-

risdicción ordinaria: la cláusula de menor importancia debía jugar como mecanismo para que la administración se pudiese centrar en los asuntos que revistiesen un mayor interés público, quedando en manos de los jueces la tutela judicial efectiva de aquellas conductas que afectasen principalmente a los intereses privados de determinados operadores³². Esta concepción no hubiese significado ninguna modificación sobre los efectos de esta cláusula respecto del marco legal de 1989.

Sin embargo, la nueva LDC establece una cláusula de menor importancia de diferente naturaleza, de tal forma que los efectos de la misma son también diferentes. 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. De la misma manera que en los supuestos de conductas cubiertas por las otras exenciones legales, las conductas calificadas de menor importancia no pueden ser objeto de sanción ni por las autoridades administrativas ni por las judiciales.

En tanto que exención legal, las conductas de menor importancia no deberían ser objeto de una instrucción por parte de las autoridades administrativas. Por ello, el art. 49 LDC dispone que sólo se incoa expediente si se observan indicios racionales de conductas prohibidas y no se incoa si no hay indicios de infracción a la Ley (cabe observar que no se refiere a una vulneración sensible de la competencia). Para que se deba incoar expediente tiene que haber apariencia de tipo y no ser aparentemente aplicable alguna exención legal. Ello es reforzado por el art. 1 RDC que dispone que se entenderán de menor importancia, «sin que sea necesaria una previa declaración a tal efecto», las conductas que estén por debajo de los umbrales de cuota de mercado en él fijados. Las conductas consideradas de menor importancia quedan automáticamente fuera de la prohibición de los arts. 1 a 3 LDC, salvo que constituyan alguna de las excepciones al concepto de menor importancia establecidas en el art. 2 RDC.

Así, si la Dirección de Investigación recibe una denuncia en forma y considera que no hay indicios de infracción a la Ley (art. 49.3 LDC), propondrá al Consejo la no iniciación del procedimiento y el archivo de las actuaciones (art. 25.5 RDC). Vistas la denuncia y las actuaciones previas practicadas, el Consejo puede adoptar una resolución de archivo³³. Esta situación puede producirse si la autoridad de competencia aprecia que la conducta denunciada responde a alguno de los supuestos del art. 1 RDC, de tal forma que se aplica el art. 5 LDC en tanto que exención legal. En la resolución de archivo, la autoridad únicamente tiene que disponer de información suficiente para comprobar que no se alcanzan los umbrales de cuota de mercado.

Por el contrario, si la Dirección de Investigación considera que la conducta denunciada no constituye un supuesto de conducta de menor impor-

³² Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, p. 38.

³³ Aunque en el art. 25.5 LDC se utiliza el término «acuerdo», la realidad es que el Consejo ha dictado por ahora resoluciones de archivo.

tancia o se trata de una excepción del art. 2, deberá incoar el correspondiente expediente y elaborar una propuesta de resolución (art. 34 RDC). Si es el Consejo el que, en contra del parecer de la instrucción, considera que hay indicios de infracción, deberá instar a la Dirección de Investigación la incoación del correspondiente expediente.

Pero, aunque ya haya incoado expediente, la Dirección de Investigación puede todavía proponer que la resolución declare que los hechos investigados constituyen una conducta de menor importancia³⁴. Esta situación se puede producir cuando la administración ejerce la facultad del art. 3.1 RDC o cuando, excepcionalmente, no haya apreciado *ab initio* que no se alcanzan los umbrales de cuota de mercado del art. 1 RDC. En efecto, el art. 38 RDC prevé la posibilidad de que la resolución contenga la siguiente declaración: «la existencia de conducta que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia». La redacción de este precepto parece más dirigida a los supuestos del art. 3.1 RDC (exención individual) pero, entendemos que también es aplicable en caso de apreciación tardía de la concurrencia de un supuesto del art. 1 RDC (exención legal).

La estrecha vinculación entre la facultad de declaración de conducta de menor importancia del art. 3.1 RDC y la obligación de incoar expediente se percibe en la remisión que contiene este precepto al art. 53.1.b) LDC. Esta remisión excluye la posibilidad de que la autoridad de competencia pueda decidir, sin la incoación del correspondiente expediente (esto es, por la vía del art. 49.3 LDC), no aplicar las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC porque la conducta, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no es apta para afectar de manera significativa a la competencia. Ciertamente es que esta exigencia reduce la eficacia del art. 3.1 RDC como mecanismo para permitir a la autoridad de competencia concentrar sus recursos en los asuntos de mayor relevancia en ese momento. Pero también hay que considerar que esta exigencia es una garantía de procedimiento contradictorio que permitirá a la autoridad administrativa obtener información suficiente y contrastada sobre el contexto jurídico y económico de la conducta investigada.

Más allá de la coincidencia en el contenido de la parte declarativa de la resolución *de minimis*, los argumentos que deban fundamentar la decisión son diferentes según se trate de la constatación de un supuesto de exención legal o de una exención individual.

Si se trata de una aplicación «tardía» del art. 1 RDC es suficiente con exponer que la conducta no alcanza los umbrales. Lo importante es que si queda acreditado que la conducta está por debajo de los umbrales, la autoridad de la competencia está obligada a declarar la inaplicabilidad de las prohibiciones.

³⁴ En el Derecho comunitario también es posible que un acuerdo que exceda de los umbrales de la regla *de minimis* sólo afecte en una medida insignificante a la competencia o que no se estime prioritario, existiendo otros casos que presenten un mayor interés público (sentencia TPI de 8 de junio de 1995, asunto T-7/93, *Langnese Iglo GmbH c. Comisión*).

Pero, en la aplicación del art. 3.1 RDC, la resolución habrá de argumentar qué circunstancias del contexto jurídico y económico acarrearán que se considere que la conducta no afecta de manera significativa a la competencia, ya que se trata de una facultad discrecional reglada. En el procedimiento contradictorio, la parte imputada puede proponer dicha declaración, debiendo aportar tanta información como considere oportuno. En la resolución, la autoridad debe explicitar que se trata de una conducta que podría encuadrarse entre las prohibidas, pero que atendiendo a las circunstancias concretas del caso ha decidido no perseguirla por su escasa importancia. La argumentación deberá adoptar un rasgo economicista. Una vez explicitadas estas circunstancias, la decisión de no aplicar los arts. 1 a 3 LDC constituye una prerrogativa de la autoridad de competencia reconocida en el art. 3.1 RDC, aunque la existencia de motivación será revisable por los tribunales.

Tanto si se ha incoado expediente como si no, la resolución, de archivo o *de minimis*, tiene como efecto constatar la no aplicabilidad de la prohibición a la conducta, al menos en tanto en cuanto las circunstancias en que se basa la resolución no cambien. Efectivamente, la resolución no debiera imposibilitar la incoación de un expediente futuro en relación con la misma conducta si las circunstancias han cambiado sustancialmente. Desde este punto de vista, los efectos son los mismos.

La inaplicabilidad de las prohibiciones tiene como consecuencia que una vez dictada la resolución de archivo o *de minimis*, se excluye la antijuricidad de la conducta y, por ende, la posibilidad de acudir a los juzgados mercantiles para obtener ni declaraciones de nulidad ni indemnizaciones por daños, en base a una infracción a la LDC. Si la conducta no está prohibida, es lícita y, por tanto, no puede tener consecuencias negativas por infracción a la LDC. Esta constatación no excluye que puedan reclamarse otras pretensiones con otros fundamentos, como el abuso de derecho o el enriquecimiento injusto.

La equivalencia de efectos de las resoluciones de archivo y *de minimis* no debe desdibujar una situación radicalmente diferente entre los supuestos del art. 1 RDC y los del art. 3.1 RDC.

En los supuestos del art. 1 RDC, el mecanismo actúa como *safe harbour* para las empresas. Por lo tanto, haya o no haya decisión administrativa previa, los órganos jurisdiccionales deberán declarar la inaplicabilidad de las prohibiciones y extraer las consecuencias pertinentes.

La potestad de la autoridad de competencia reconocida en el art. 3 RDC no actúa exactamente del mismo modo, pues las empresas no están fuera del alcance de la prohibición hasta la adopción de una resolución *de minimis* que declare que se trata de una conducta de menor importancia.

Esta diferencia pone en evidencia que la cláusula de menor importancia no altera el bien protegido que, como reza el preámbulo de la LDC, es «la existencia de una competencia efectiva entre las empresas». La justificación

de esta cláusula es obviar la aplicación de las prohibiciones a las conductas que no son susceptibles de afectar de forma significativa a la competencia efectiva. Para ello la LDC establece una exención total de la prohibición que, en unos supuestos actúa de forma automática *ex lege* y, en otros, en virtud de una resolución declarativa.

De aquí que se deduzca que la vocación de la LDC es que las prohibiciones se apliquen sobre todo cuando existe una afectación significativa de la competencia, pues entiende que actuando ante estas afectaciones ya se consigue una competencia efectiva. Pero esta constatación dista mucho de considerar que la afectación sensible sea un requisito para la aplicación de las prohibiciones. No es un requisito, pues difícilmente casaría esta idea con el carácter potestativo para la Administración y excluyente para los órganos jurisdiccionales del art. 3.1 RDC.

Finalmente, es interesante apuntar que «afectación sensible de la competencia» y «afectación al interés público» no son conceptos equivalentes en la LDC. La afectación del interés público es un requisito indispensable, pues sin él no se plantea la posibilidad de aplicar la LDC. Una vez concurre éste, se apreciará si se aplican las prohibiciones o si concurre alguna de las exenciones legales (en particular, la de conducta de menor importancia). La cláusula *de minimis* no puede ser vinculada a la concurrencia de un interés público. Otra cuestión es que la LDC obligue en unos casos y permita en otros eludir la aplicación de las prohibiciones cuando no se produzca una alteración sensible de la competencia.

La finalidad de favorecer la aplicación de las prohibiciones a las conductas que afectan de manera sensible a la competencia no es únicamente permitir a las autoridades concentrar sus recursos en la persecución de las conductas más graves, sino también evitar comportamientos oportunistas de los operadores y limitar la inseguridad jurídica que conlleva la amenaza de que virtualmente cualquier conducta en el mercado pudiera quedar incurso en las prohibiciones.

E. LAS AUTORIDADES COMPETENTES PARA APLICAR LA CLÁUSULA DE MENOR IMPORTANCIA

La doble vía de actuación de la cláusula de menor importancia en la nueva LDC tiene una plasmación expresa en la designación de las autoridades competentes para aplicar esta cláusula.

Cuando la cláusula actúa como una exención legal (art. 1 RDC), están obligadas a aplicarla, sin necesidad de invocación por la parte investigada, todas las autoridades de la competencia (estatal y autonómicas) y todos los órganos jurisdiccionales y arbitrales. Es deseable que la interpretación de esta exención legal sea lo más uniforme posible. El automatismo de los criterios adoptados lo facilitará.

Cuando la calificación como conducta de menor importancia requiere una declaración expresa caso a caso (art. 3.1 RDC), el espectro de autoridades que pueden aplicar la cláusula es más restringido. Este precepto, en su sentido literal, únicamente habilita al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para realizar estas declaraciones. Sin embargo, entendemos que las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas también tienen esta facultad. Por el contrario, queda excluido que pueda aplicar el art. 3.1 RDC un órgano jurisdiccional o arbitral³⁵.

Por otro lado, el art. 3.2 RDC se refiere a la adopción de comunicaciones para desarrollar los criterios de delimitación de las conductas de menor importancia del art. 5 LDC. Esta previsión conduce a plantear la cuestión de qué autoridades pueden adoptar tales comunicaciones, esto es, desarrollar los criterios de delimitación de las conductas. Este precepto suscita diferentes consideraciones.

La primera observación es que la actuación descrita en el art. 3.2 RDC contiene una referencia expresa al art. 5 LDC, sin aclarar si se refiere al escenario de la cláusula *de minimis* como exención legal (art. 1 RDC) o al de la decisión caso por caso de no aplicar las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC (art. 3.1 RDC). En efecto, este precepto prevé, sin más precisión, la posibilidad de adoptar nuevos criterios de delimitación de las conductas de menor importancia. La duda reside en si se trata de fijar nuevos elementos para aplicar de forma automática la cláusula y/o si se trata de criterios para la aplicación caso por caso.

La posibilidad de que la Comisión Nacional de la Competencia pueda ampliar los supuestos del art. 1 RDC no es sostenible:

- Una ampliación de la exención legal significaría que estos nuevos criterios serían de aplicación general y obligatoria, cuando para la regulación del tratamiento de las conductas de menor importancia, hay que estar a lo dispuesto en la Disposición Final Segunda de la LDC³⁶.
- Si por desarrollar los criterios de delimitación se entiende clarificar aquellos aspectos del art. 1 RDC que puedan aparecer oscuros en la práctica, la Comisión Nacional de la Competencia no podría pretender imponer estas pautas interpretativas a ninguna otra autoridad de competencia y, todavía menos, a los órganos jurisdiccionales.
- Los arts. 24 a 26 LDC que se refieren a las funciones de la Comisión Nacional de la Competencia, no contemplan en ningún momento que tenga funciones normativas o reglamentarias. De hecho, en el art. 25 se establece que la Comisión Nacional de la Competencia será consultada en relación a las normas reglamentarias que

³⁵ El art. 3.1 LDC 2008 funciona como una exención individual cuya aplicación es una competencia exclusiva de la autoridad administrativa. Este mecanismo no es ciertamente ajeno a nuestra tradición.

³⁶ A diferencia de lo que sucede en relación con el control de concentraciones donde se prevé que se tengan que actualizar y valorar periódicamente los umbrales que se establezcan.

desarrollen la Ley, con lo que la potestad reglamentaria es del Gobierno.

Por ello, el sentido de este precepto habría que buscarlo en una función similar a la que tiene la Comunicación *de minimis* de la Comisión Europea. Las comunicaciones previstas en el art. 3.2 RDC consistirían en una manifestación de la intención de no considerar aplicables las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC a las conductas que respondan a determinados criterios relativos al entorno jurídico y económico, tales como tratarse de conductas realizadas por PYMES o de conductas en determinados sectores económicos.

Con este precepto, el legislador estaría facilitando a la autoridad de competencia la posibilidad de dar una mayor previsibilidad a la potestad de exención individual del art. 3.1 RDC. Se trataría, por tanto, de dar visibilidad externa a una competencia normativa con validez y eficacia *ad intra*. Esta tesis que suscribimos, exige, sin embargo, de algunas puntualizaciones:

- El establecimiento de criterios generales topa con la exigencia del art. 3.1 RDC de análisis caso por caso de la conducta, por lo que a pesar de existir criterios generales será necesaria la incoación de un expediente que concluya en una resolución *de minimis*.
- Estos criterios generales únicamente podrán vincular a la autoridad que los adopte (ya sea la Comisión Nacional de la Competencia o cualquier autoridad autonómica), sin que el hecho de haber consultado al Consejo de Defensa de la Competencia permita extender su eficacia a las demás autoridades de la competencia, salvo que ellas también los hayan individualmente adoptado³⁷.
- Queda sin resolver si una comunicación de este tipo tendría por efecto imposibilitar a las partes perjudicadas acudir a la vía ordinaria para solicitar la declaración de nulidad del contrato y/u obtener la indemnización por daños y perjuicios. Parece que la respuesta más lógica es de signo negativo (esto es, no imposibilita), pues estas comunicaciones no pueden alterar por sí solas los límites de la ilicitud de una conducta.

2. LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LA CLÁUSULA DE MENOR IMPORTANCIA

En este apartado pretendemos abordar algunas cuestiones concretas que suscita la aplicación de la cláusula de menor importancia en relación con las conductas prohibidas en España.

³⁷ Hay que tener en cuenta que la Disposición Adicional Tercera LDC, prevé que las comunicaciones aclararán los principios que guían la actuación de la propia CNC. En relación con el procedimiento de adopción de las comunicaciones, el art. 79 RDC dispone que cuando afecten a la aplicación de los arts. 1 a 3 RDC, se consulte al Consejo de la Competencia.

A. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE MENOR IMPORTANCIA A LOS DIFERENTES TIPOS DE CONDUCTAS PROHIBIDAS

Se ha señalado ya que uno de los rasgos innovadores más representativo de la nueva cláusula de menor importancia en el Derecho *antitrust* español es su aplicación a todos los tipos de conductas prohibidas. Generalmente, si vincula la regla *de minimis* a las prácticas concertadas. La LDC la aplica también al abuso de posición dominante y a las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal. La voluntad de aplicar la cláusula por igual a los tres tipos de conductas prohibidas se expresa sin reservas en el art. 5 de la LDC. Sin embargo, el desarrollo reglamentario de este precepto deja entrever las dificultades de tratar los tres tipos de conductas del mismo modo. Esta circunstancia se explica parcialmente por la falta de precedentes comparados.

a) *La aplicación de la cláusula de menor importancia a las conductas colusorias*

En este apartado se intenta aportar una breve reflexión sobre las implicaciones de la nueva regulación de las conductas de menor importancia en la interrelación de esta cláusula con conceptos tales como la restricción por objeto o por efecto y la exigencia o no de afectación sensible de la competencia.

El tenor literal del art. 1 LDC establece claramente que se prohíben las restricciones por objeto y por efecto de la competencia, sin hacer ninguna referencia al grado de afectación de la competencia. En esta nueva Ley, el art. 1 LDC debe interpretarse como un bloque, aunque el análisis al que obliga se estructura en dos fases: primero hay que valorar si el acuerdo está prohibido a tenor del párrafo primero; y en caso de respuesta positiva, habrá que valorar si puede evadirse de la prohibición en base a la excepción legal de los apartados 3 a 5.

Únicamente si se llega a la conclusión de que el acuerdo es contrario al art. 1 LDC, en su globalidad, podrá plantearse si puede no estar prohibido en base a la cláusula de menor importancia³⁸. Es evidente que si el acuerdo contiene alguna de las cláusulas negras establecidas en los reglamentos por categoría que excluyen la exención, no cabrá plantearse la no prohibición en base a la menor importancia. Lo mismo ocurre si el acuerdo persigue alguno de los objetos relacionados en el art. 2 RDC.

³⁸ En el Derecho comunitario, si el acuerdo es contrario al art. 81 Tratado CE, en su globalidad, sólo cabrá considerar que está prohibido, pues la exigencia de la restricción sensible es un elemento de la prohibición inicial (del párrafo primero). Si el acuerdo no tiene efectos sensibles, no cabe plantearse si a pesar de su carácter restrictivo, puede resultar legítimo. A falta de estos efectos sensibles, se aplica el Derecho nacional sin que entre en juego lo establecido en el art. 3.2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

Suponiendo que el acuerdo es contrario al art. 1 LDC y no contiene ningún elemento que excluya la aplicación de la cláusula de menor importancia, la cuestión que se plantea es si pueden ser consideradas conductas *de minimis*, tanto los acuerdos restrictivos por su objeto como los que son restrictivos por sus efectos.

Según una interpretación literal del art. 5 LDC, al igual que sucede con el art. 1 LDC, la cláusula de menor importancia se aplica a todos los acuerdos entre empresas, tanto si tienen por objeto como por efecto restringir la competencia. Así, todos los acuerdos que no superen los umbrales se considerarán automáticamente no prohibidos, salvo que incurran en alguna de las excepciones a la cláusula. El hecho de que las excepciones recojan únicamente acuerdos restrictivos por su objeto, no agota todos los supuestos de objetos restrictivos. De hecho, la relación de conductas que no pueden beneficiarse de la cláusula de menor importancia está conformada por acuerdos restrictivos por su objeto que, además, son considerados prácticas con restricciones sustanciales de la competencia (*hard core restrictions*).

Por otro lado, en virtud del art. 3.1 RDC, la autoridad de competencia podrá declarar no aplicable la prohibición del art. 1 LDC a acuerdos restrictivos tanto por su objeto como por su efecto, cuando así lo considere, atendiendo al contexto jurídico y económico de los mismos. La diferencia estará en que si el acuerdo es restrictivo por su objeto, el análisis de sus efectos no es necesario para aplicar el art. 1 LDC pero lo será para aplicar la cláusula *de minimis*; mientras que este análisis es necesario desde el inicio para los acuerdos restrictivos por sus efectos³⁹. Ahora bien, la carga de la prueba se invierte: corresponde a la autoridad demostrar los efectos anticompetitivos (se entiende significativos) de los acuerdos restrictivos por sus efectos; mientras que son las partes interesadas las que deben aportar la prueba de que un acuerdo restrictivo por su objeto no afecta de manera significativa a la competencia.

En relación con esta última reflexión, quizás podría plantearse en el futuro la posibilidad de establecer alguna regla *de minimis* a favor de las PYMES para que no tuvieran que afrontar las dificultades de esta carga de la prueba⁴⁰. En este sentido, la comunicación comunitaria establece un cierto régimen preferencial para las PYMES basado en la constatación de que raramente se encontrarán sometidas al art. 81 TCE⁴¹. Si lo fueran, la

³⁹ En el art. 1.1 LDC, el objeto y el efecto restrictivo de la conducta de la competencia son dos elementos alternativos de la delimitación de la prohibición. Así, si se determina que un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, es irrelevante si efectivamente consigue dicho propósito para aplicar la prohibición.

Cabe advertir que la determinación de cuándo un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia es, a veces, harto difícil. El objeto restrictivo de la competencia no es siempre manifiesto. Una posibilidad es atender al contenido del acuerdo, teniendo en cuenta su contexto jurídico y económico, aunque también se puede tener en cuenta la intención de las partes.

⁴⁰ En algunos sistemas, tales como el de Suiza, existen normas específicas para las PYMES al margen de las reglas relativas a la cláusula de menor importancia.

⁴¹ Esta afirmación la justifica, sin embargo, en la percepción de que las conductas perpetradas por PYMES raramente afectarían al comercio entre Estados miembros y, por lo tanto, no serán de com-

Comisión manifiesta que «no iniciará procedimiento alguno, ni previa petición ni por iniciativa propia».

En el sistema español es diferente. Hoy por hoy, las PYMES, como los demás operadores, deben autoevaluar su conducta para decidir si se benefician de la exepción del acuerdo de menor importancia. Si erran en su apreciación deberán asumir las consecuencias.

b) *La aplicación de la cláusula de menor importancia a los abusos de posición dominante*

La relevancia práctica de la extensión de las conductas de menor importancia a los abusos de posición dominante presenta diversas incógnitas.

En primer lugar, la delimitación de la conducta abusiva de menor importancia plantea dificultades en cuanto a la aplicación de criterios cuantitativos como el de cuota de mercado. Es evidente que si para que exista ilícito se requiere tener una posición de dominio, difícilmente se podrá no superar los umbrales fijados. Pero esta reflexión es poco operativa en el marco de la LDC, pues el criterio cuantitativo establecido en el art. 1 RDC únicamente se aplica a las conductas bilaterales.

Por lo tanto, la aplicación de la cláusula de menor importancia a los abusos de posición dominante únicamente puede encauzarse por el art. 3.1 RDC. Por tanto, la aplicación de la cláusula de menor importancia a las conductas de abuso de posición dominante dependerá de la voluntad de las autoridades de la competencia.

El segundo orden de interrogantes, se refiere a cómo las autoridades de la competencia podrán aplicar este precepto a la prohibición del art. 2 LDC.

La única indicación clara del nuevo marco legal es que no podrá ser declarada *de minimis* una conducta desarrollada por una empresa titular o beneficiaria de derechos exclusivos. El art. 2.4 RDC no concreta, sin embargo, si debe tratarse de derechos exclusivos en el mercado en el que se produce el abuso o puede también serlo, por ejemplo, en el mercado ascendente en supuestos de mercados conexos.

Más allá de este límite negativo, la potencialidad del concepto de conducta abusiva de menor importancia es difusa, aunque previsiblemente escasa. Por un lado, habría que buscar criterios cualitativos que permitiesen determinar cuándo la conducta abusiva no afecta de manera significativa la competencia. Estos criterios parece que sería más oportuno que se refieran al abuso y no al mercado relevante, pues todo mercado es desde esta ópti-

petencia comunitaria. Ello conduce a la conclusión de que en todo caso, las normas específicas relativas a las PYMES deberían existir a nivel nacional.

ca importante, con independencia de su dimensión geográfica (piénsese, por ejemplo, en una conducta abusiva en un puerto).

Es el abuso el que puede tener efectos restrictivos más o menos significativos de la competencia, pues la posición de dominio no es en sí misma reprobable. Para analizar la importancia de estos efectos, deberá analizarse globalmente la conducta de la empresa dominante: ver si se trata de una actuación aislada o de un comportamiento que forma parte de una estrategia global. A nivel general, podemos intuir que será mucho más difícil encontrar una conducta abusiva de menor importancia en supuestos de exclusiones abusivas, pues estas actuaciones afectan siempre a la estructura de la competencia, por ejemplo eliminando o amenazando con eliminar a un competidor. Así, si algún supuesto se plantea será más probable en casos de explotación abusiva, como la discriminación de precios o los precios excesivos.

c) *La aplicación de la cláusula de menor importancia a las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal*

No corresponde en este marco volver sobre el debate surgido en torno a la pertinencia del mantenimiento de este tipo de conductas prohibidas. Nuestra reflexión parte de la existencia de este tercer tipo de conductas prohibidas —las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal— definidas en el art. 3 LDC. El tenor literal de este precepto permite establecer que estas conductas se definen en base a los dos elementos siguientes:

- constituir actos de competencia desleal; y
- falsear la libre competencia afectando así al interés público.

La nueva LDC elimina la referencia a la gravedad de la distorsión que aparecía en el art. 7 LDC 1989.

Sin pretender ahora profundizar en la función de esta prohibición en nuestro sistema de defensa de la competencia, si cabe comentar que su actual redacción no plantea ninguna dificultad desde el punto de vista de la cláusula de menor importancia. Cabe advertir que la aplicación de la cláusula *de minimis* a estas conductas era una de las cuestiones que suscitaba interrogantes a los autores del Libro Blanco⁴².

Retomando algunas reflexiones apuntadas en otros apartados, entendemos que la afectación al interés público y la afectación sensible a la competencia son dos conceptos diferentes tanto por su significado como por su función.

La afectación al interés público es un elemento cualitativo que constituye un presupuesto de aplicación de la LDC (es un requisito de tipicidad).

⁴² Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, p. 54.

No todos los actos de competencia desleal, tipificados en la Ley de competencia desleal 3/1991 o en otras normas generales sectoriales, desbordan del ámbito estrictamente privado, afectando al buen funcionamiento del mercado. Esta afectación al interés público constituye un elemento del tipo de toda conducta prohibida por la LDC⁴³.

Una vez se comprueba que concurren los dos elementos de este tipo de conductas prohibidas, habrá que determinar si el supuesto escapa a la prohibición en base a alguna exención legal. Así, podría ser que la conducta no fuera ilícita porque las empresas involucradas no superan los umbrales del art. 1 RDC. También puede suceder que una autoridad de la competencia considere que, teniendo en cuenta el entorno jurídico y económico de la conducta, ésta no afecta de manera sensible a la competencia (art. 3.1 RDC). En ambos supuestos, la conducta no deberá caer en ninguna de las excepciones del art. 2 RDC.

En suma, la actual redacción del art. 3 LDC es totalmente coherente con el sistema de cláusula de menor importancia de la nueva LDC. No hay ninguna redundancia ni incoherencia. El antiguo art. 7 LDC 1989 exigía de forma diferenciada que concurriese la afectación del interés público y la distorsión grave de la competencia. Esta segunda exigencia ha desaparecido, pero en la LDC se amplía la aplicación de las conductas de menor importancia a las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal.

Visto el sistema dual de funcionamiento de la cláusula de menor importancia en la nueva LDC, la no aplicación de la prohibición en base a la menor importancia aplicado a las conductas del art. 3 LDC dependerá en gran medida de las autoridades de la competencia. En efecto, las conductas bilaterales con efectos restrictivos de la competencia suelen enmarcarse en el art. 1 LDC. Por tanto, el principal interés del art. 3 LDC se centraría en la posibilidad de prohibir las restricciones por actos desleales unilaterales realizados por empresas que no son dominantes. Dado que los actos unilaterales no están contemplados en el art. 1 RDC, solamente podrán ser declarados de menor importancia por las autoridades administrativas en aplicación del art. 3.1 RDC.

Dentro de un tiempo, será interesante constatar cuál ha sido la relevancia práctica de esta conducta prohibida y la aplicación a la misma de la cláusula de menor importancia. Es previsible que los resultados difieran un poco entre la Comisión Nacional de la Competencia y las autoridades autonómicas de la competencia. De momento tanto la una como las otras han dictado únicamente resoluciones de archivo de denuncias relativas al art. 3 LDC.

⁴³ La afectación al interés público también constituye un elemento del tipo de las otras dos conductas prohibidas, pero en este caso no se menciona expresamente, seguramente, porque las conductas no son «importadas» de otras ramas del Derecho. Aunque podemos coincidir con algunas opiniones que consideran que en la descripción de este elemento, la redacción es redundante, no nos parece que ello sea esencial.

La línea argumental seguida en estas resoluciones es todavía incierta, apareciendo en algunas resoluciones una tendencia a equiparar la concurrencia de interés público con la afectación sensible a la competencia. Retomando las explicaciones realizadas en otros apartados, si la conclusión es el archivo de las actuaciones, la decisión debiera argumentarse ya sea en la ausencia de tipo (por ausencia de afectación al interés público o por no tratarse de un acto de competencia desleal), ya sea porque la conducta no alcanza los umbrales de cuota de mercado del art. 1 RDC (conducta no ilícita). En caso de considerarse, que hay tipo pero que es una conducta que, por su entorno jurídico y económico, no afecta de manera sensible a la competencia, será necesario incoar el correspondiente expediente que, en su caso, finalizará con una resolución *de minimis* [arts. 3.1 RDC y 53.1.b) LDC].

B. LA APLICACIÓN PARALELA DE LAS CLÁUSULAS, COMUNITARIA Y ESPAÑOLA, DE MENOR IMPORTANCIA

Para analizar si la aplicación paralela de los dos sistemas, de competencia comunitario y nacional, plantea alguna dificultad añadida cuando interviene una cláusula *de minimis* es conveniente partir de un doble recordatorio.

Por un lado, en cuanto a la organización de la aplicación paralela, hay que recordar que ésta corresponde a la Comunidad Europea en virtud de los principios de atribución de competencia y de primacía del Derecho comunitario. Los principios de competencia y de primacía junto con las reglas del art. 3 del Reglamento (CE) 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE, que tiene como título «relación entre los arts. 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia», organizan la aplicación paralela de ambos sistemas de defensa de la competencia. Las pautas de organización son, sistemáticamente las siguientes:

1. Las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen la obligación de aplicar los arts. 81 y 82 Tratado CE, cuando aplican la legislación nacional de competencia a acuerdos o prácticas susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros.
2. En los supuestos en que una autoridad de competencia u órgano jurisdiccional se encuentra en una situación de aplicación paralela de ambos sistemas, deberá actuar del modo siguiente:
 - a) No podrá declarar legales conductas consideradas contrarias a los arts. 81 o 82 del Tratado CE, pues con ello pondría en peligro la eficacia del Derecho comunitario.
 - b) No podrá prohibir prácticas colusorias, a no ser que también estén prohibidas por el art. 81 Tratado CE, tal y como se apli-

ca tras la adopción del Reglamento 1/2003 (introducción de la excepción legal).

- c) Podrá adoptar decisiones más estrictas en relación con conductas unilaterales, prohibiendo en el Derecho nacional, conductas no prohibidas en el art. 82 Tratado CE.
3. Podrá prohibir conductas unilaterales o contractuales en virtud de normas que persiguen objetivos diferentes a los de los arts. 81 y 82 Tratado CE, por ejemplo, en el ámbito de la competencia desleal.

Estas reglas deben leerse sobre la base de que los arts. 81 y 82 Tratado CE se aplican sólo cuando un acuerdo o práctica afecte o pueda afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

Por el otro lado, en cuanto a la configuración de la cláusula *de minimis* en el sistema comunitario de defensa de la competencia, nos limitamos a recordar los rasgos relevantes para la exposición contraponiéndolos a la situación en la LDC:

- La existencia de una afectación sensible de la competencia es un requisito del tipo tanto en el art. 81 como en el 82 del Tratado CE. Esta exigencia ha sido establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el Derecho comunitario las conductas que no afecten de forma sensible a la competencia no quedan comprendidas en las prohibiciones de los arts. 81 y 82 Tratado CE, por lo que se reputan lícitas. Esta situación únicamente se produce en el sistema español en relación con las conductas entre empresas con cuotas de mercado por debajo de los umbrales del art. 1 y no incursas en supuestos del art. 2, ambos del RDC.
- La comunicación *de minimis* de la Comisión no obliga a las autoridades u órganos nacionales a tener en cuenta los umbrales fijados cuando aplican el Derecho de competencia comunitario. La comunicación advierte que únicamente vincula a la propia Comisión, sin por ello abandonar la pretensión de servir de orientación a los tribunales y autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar el art. 81 Tratado CE. La práctica es que las autoridades y tribunales nacionales siempre se basan en esta comunicación cuando aplican este precepto. Cabe recordar que los criterios de concreción de la conductas de menor importancia son de aplicación imperativa y automática para todas las autoridades y tribunales que apliquen las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC. Pero la posibilidad de declarar una conducta *de minimis* al margen de estos criterios es una facultad exclusiva de las autoridades de defensa de la competencia.
- En cuanto a los umbrales de cuota de mercado, la inexistencia de la cláusula evolutiva del apartado 9 de la comunicación de la Comisión en el sistema español, podría conducir a una conclusión diferente en cuanto a la consideración como conducta de menor impor-

tancia. Podría ocurrir que un supuesto fuera *de minimis* en virtud del Derecho comunitario y no lo fuera en aplicación del art. 1 RDC. En este caso, hay una divergencia de soluciones que deberá resolverse en el sentido que indicamos más adelante. Esta divergencia podría evitarse en base al art. 3.1 RDC, si quien decide es una autoridad de competencia.

A partir de estas premisas, los límites que impone el Derecho comunitario en la aplicación de la cláusula de conductas de menor importancia de la LDC serían los siguientes:

- *Si la conducta no afecta al comercio entre Estados miembros*, no hay aplicación paralela de los dos sistemas de competencia. Por tanto, las autoridades y tribunales españoles pueden aplicar el sistema de menor importancia de la LDC sin limitaciones.
- *Si la conducta afecta al comercio entre Estados miembros*, cabe diferenciar la situación según el tipo de conducta:

— Práctica colusoria:

- Si está prohibida por el Derecho comunitario, no se podrá declarar que la conducta es de menor importancia en aplicación del Derecho nacional, en particular, la autoridad no podrá ejercer la facultad del art. 3.1 RDC.
- Si no está prohibida por el Derecho comunitario porque es una conducta *de minimis*, no se podrá considerar prohibida por estar incurso en una de las excepciones del art. 2 RDC.

— Abuso de posición dominante:

- Si está prohibida por el Derecho comunitario, no se podrá declarar que la conducta es de menor importancia en aplicación del Derecho nacional, en particular, la autoridad no podrá ejercer la facultad del art. 3.1 RDC.
- Si no está prohibida por el Derecho comunitario porque es una conducta *de minimis*, la autoridad y el tribunal podrán declararla prohibida porque incurre en alguna de las excepciones del art. 2.4 RDC o porque la autoridad considera que del contexto jurídico y económico de la conducta no cabe considerar que no sea apta para afectar de manera significativa a la competencia.

— Conductas de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal.

Como se trata de una prohibición que no se solapa con los arts. 81 y 82 Tratado CE, las autoridades y tribunales españoles pueden aplicar el sistema de menor importancia de la LDC sin limitaciones.

C. CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA Y AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE LA COMPETENCIA

La cláusula de las conductas de menor importancia es uno de los elementos que configuran la prohibición de las conductas restrictivas de la competencia, en relación a la cual existe una situación de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Concretamente, corresponde al Estado la competencia legislativa exclusiva, mientras que a nivel ejecutivo, cada Comunidad Autónoma tiene competencias ejecutivas exclusivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma y el Estado tiene competencias ejecutivas exclusivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la competencia en un ámbito superior o en el conjunto del territorio nacional.

De esta distribución competencial, cabe derivar que la configuración legal de la cláusula de menor importancia es una competencia exclusiva del Estado. Ello significa que las Comunidades Autónomas no pueden añadir criterios de delimitación de la exención legal. El alcance de las prohibiciones es el mismo en todo el territorio nacional. Los supuestos previstos, en sentido positivo y en sentido negativo, en los arts. 1 y 2 RDC son los únicos vigentes, y lo son en todo el territorio nacional.

A nivel de las competencias ejecutivas, la situación es diferente. Cada autoridad resolverá los asuntos que estime de su competencia⁴⁴, aplicando si concurren las condiciones, la exención legal de las conductas de menor importancia.

Pero además de la aplicación de estos dos preceptos del Reglamento, las competencias ejecutivas también alcanzan al art. 3 RDC. Como ya se ha mencionado, este precepto faculta a la Comisión Nacional de la Competencia para aplicar la cláusula *de minimis* a otros supuestos sobre la base de un análisis caso por caso, así como para elaborar comunicaciones. Por razones que ya hemos apuntado, entendemos que este precepto se refiere a competencias ejecutivas. Por ello, a pesar del tenor literal de este precepto, entendemos que las dos facultades que contempla pueden ser también ejercidas por las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas⁴⁵.

En consecuencia, cada autoridad de la competencia podrá decidir si, atendiendo al contexto jurídico y económico de una conducta, debe concluir que ésta es de menor importancia. Dado que este precepto se refiere a expedientes incoados, es evidente que la conducta investigada ya habrá pasado por el sistema de atribución de casos regulado en la Ley 1/2002 de

⁴⁴ Para evitar conflictos competenciales, la Ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de competencia, establece un sistema de atribución de casos.

⁴⁵ Hay muchos otros artículos de la nueva regulación que se refieren únicamente a la Comisión Nacional de la Competencia, pero para los cuales se entiende que también son de aplicación a las autoridades autonómicas.

coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de competencia⁴⁶.

En cuanto a las comunicaciones para desarrollar los criterios de delimitación de las conductas de menor importancia, en tanto en cuanto entendemos que se está refiriendo a los criterios para el ejercicio de la facultad del apartado primero de este mismo artículo, consideramos que se trata de un complemento de la facultad de aplicación de la cláusula *de minimis* en función del contexto jurídico y económico de la conducta. Por tanto, las autoridades autonómicas de la competencia pueden elaborar sus propias comunicaciones. Como establece el art. 3.2 RDC deberán antes oír el Consejo de Defensa de la Competencia. Esta previsión es importante en aras de una mayor uniformidad en la aplicación de las prohibiciones establecidas en la LDC.

D. CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA Y ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y ARBITRALES

a) *Jurisdicción administrativa*

En este apartado se trata de señalar una diferencia importante respecto a las facultades de los tribunales que revisan las decisiones administrativas sobre competencia. En el ámbito comunitario, la comunicación *de minimis*, únicamente vincula a la Comisión. Como expresamente advierte el apartado 6 de esta comunicación, el Tribunal de Justicia es el intérprete supremo del art. 81 Tratado CE. Ello se traduce en el hecho que en caso de recurso por disconformidad con la aplicación o no aplicación de la cláusula *de minimis*, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas podrá revisar, no sólo la existencia de motivación, sino también los elementos de hecho y de derecho tenidos en cuenta o ignorados para fundamentar la decisión de la Comisión.

En la LDC, la situación es diferente. La Audiencia Nacional o los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas podrán revisar si se ha aplicado correctamente el criterio de la cuota de mercado. Esta posibilidad existe tanto si se ha incoado expediente como si no se ha hecho. En el caso de estimar que la conducta supera los umbrales de cuota de mercado, deberá anular la resolución e instar a la autoridad de competencia que instruya el correspondiente expediente.

Fuera de estos supuestos de cuota de mercado, las facultades de estos órganos jurisdiccionales se limitan a comprobar que la autoridad administrativa ha motivado suficientemente la resolución, en relación con la declaración de conducta de menor importancia por su contexto o en relación con la negativa a aplicar este supuesto. Esta revisión puede eventualmente

⁴⁶ Debemos añadir que en los supuestos de resoluciones de archivo previstas en el art. 25.5 RDC, el asunto investigado habrá pasado también por el sistema de atribución de casos.

incluir una valoración de la entidad de la conducta, lo que en cierto modo lleva a una argumentación, en sede jurisdiccional, del concepto de menor importancia y verificar si no se ha producido un error manifiesto de hecho. Pero el juez de lo contencioso-administrativo no puede substituir a la autoridad de la competencia en cuanto a la decisión sobre la oportunidad de no aplicar las prohibiciones.

b) *Jurisdicción civil*

La cláusula de menor importancia en la LDC supone la no aplicación de las prohibiciones a las conductas *de minimis*. Por tanto, las conductas de menor importancia no están prohibidas, esto es, son lícitas desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

Como se ha visto, la licitud por razón de la escasa importancia de las conductas es automática si se trata de acuerdos que no superan los umbrales del art. 1 RDC. No hace falta que exista una resolución administrativa previa para que, en estos casos, el juez deba apreciar la existencia de una conducta de menor importancia y, por tanto, desestimar las peticiones de nulidad y/o indemnización por daños y perjuicios. Como el juez debe aplicar globalmente los arts. 1 a 5 LDC, ante cualquier infracción de estos preceptos deberá comprobar si se alcanzan los umbrales *de minimis*, incluso aunque la parte demandada no lo haya expresamente alegado como causa de desestimación de la pretensión de la parte que solicita la declaración de ilicitud de la conducta.

Si la conducta supera dichos umbrales, únicamente podrá considerarse lícita una conducta por razón de su escasa importancia, si existe una resolución administrativa que así lo declare. Debemos recordar que el art. 3.1 RDC establece que la autoridad de competencia podrá declarar la no aplicación de las prohibiciones. Ello es así porque el art. 5 LDC establece una única posible consecuencia de la consideración como conducta de menor importancia: la inaplicación de las prohibiciones.

La resolución administrativa declarativa de la menor importancia no es, pues, únicamente una manifestación de la discrecionalidad de la Administración de no sancionar una determinada conducta. En la LDC esta resolución deja la conducta fuera del ilícito, tanto administrativo como civil, por infracción a esta Ley. Por ello, en estos supuestos, el juez no podrá declarar la existencia de un ilícito civil por infracción a la LDC. En cierto modo, la existencia de razones de interés general para no sancionar afecta a la ilicitud de la conducta, de tal forma que los sujetos interesados no podrán ejercitar las acciones civiles conducentes a eliminarla del mundo jurídico o a la indemnización de los perjuicios que les haya causado.

Por tanto, en ambos casos, la conducta excluida de las prohibiciones por la cláusula *de minimis*, no puede dar razón a un ilícito civil por infracción a la LDC.

Ahora bien, el hecho de que una conducta sea considerada de menor importancia a la luz de la LDC, no impide que dicha conducta pueda ser considerada constitutiva de un ilícito civil en base al art. 5 de la Ley de Competencia Desleal⁴⁷ o en base a los arts. 7.2 o 1.902 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.

c) Arbitraje

Las diferencias contractuales pueden dirimirse también por la vía arbitral, sin que el hecho de que la controversia verse principal o incidentalmente sobre cuestiones de defensa de la competencia sea un obstáculo para la validez del laudo arbitral.

Siguiendo las soluciones que ya se han apuntado respecto a la jurisdicción civil, los árbitros deberán apreciar si la conducta incurre en una prohibición. En este sentido, los árbitros que resuelvan en arbitraje de derecho, interpretarán globalmente los arts. 1 a 5 LDC, de tal forma que, si la conducta no supera los umbrales del art. 1 RDC y no constituye una *hard core restriction*, se entenderá que no está prohibida. Lo mismo sucederá si la parte interesada aporta una resolución administrativa relativa a la conducta, en la que se declara que es de menor importancia.

Hay sin embargo una peculiaridad que cabe resaltar. Si el arbitraje institucional corre a cargo de una autoridad de la competencia⁴⁸, ésta no podrá hacer uso de la facultad del art. 3.1 RDC en el curso del procedimiento arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLENDE-SALAZAR CORCHO, Rafael, «Las conductas prohibidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 23-32.
- «Las conductas prohibidas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *La Ley*, núm. 1, 2008, pp. 47-58.
- ALVARO MONTERO, Ángel de, «El régimen sancionador en la Ley de defensa de la competencia», en *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, 2008, pp. 381-435.

⁴⁷ Pero no del art. 15.2 de esta Ley como ya se ha comentado en relación con la aplicación de la cláusula de menor importancia a las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

⁴⁸ Posibilidad prevista en el art. 24.f) LDC y en los arts. 72 a 78 RDC que regula las peculiaridades de este arbitraje.

- BERENGUER FUSTER, Luis, «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la CE*, serie D-29, 1998, p. 143.
- CALVIÑO, Nadia, «La reforma del sistema español de defensa de la competencia: refuerzo de los instrumentos para luchar contra las conductas más lesivas», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 63-85.
- 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 de la Ley de Defensa de la Competencia)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 78-89.
- CREUS, Antonio, «Viejos tipos, nueva Ley, nueva fuerza», *La Ley 15/2007 de defensa de la competencia. Reflexiones sobre las principales novedades*, en *Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la Competencia*, 2007, núm. 48, pp. 33-79.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Conductas prohibidas autorizadas y autorizaciones singulares», *Anuario de la competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 1999, p. 97.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, María Jesús, «El proceso de reforma del sistema español de defensa de la competencia: del Libro blanco a la nueva Ley», *La Ley*, núm. 1, 2008, pp. 29-38.
- GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso, «El nacimiento del principio de *minimis* en el Derecho español de la libre competencia», *La Ley*, 1999, t. 5, Ref. D-260.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, «El nuevo sistema de defensa de la competencia. Algunas cuestiones generales sobre su fundamento constitucional y su organización específica en una administración independiente», en *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, 2008, pp. 47-86.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 10-22.
- RUIZ-RISUEÑO RIERA, Francisco, «La relevancia práctica de las conductas de menor importancia», *Derecho de la competencia europeo y español, Curso de iniciación*, vol. IV, Madrid, 2003, pp. 15-39.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, «Las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia. Aportaciones de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 171-204.
- VALLINA, Roberto, «¿*De minimis lex non curat* o *de minimis praetor non curat?*», *La Ley*, núm. 2, 2008, pp. 47-68.

