

**EL EFECTO APRECIABLE SOBRE EL COMERCIO COMUNITARIO Y EL EFECTO
SENSIBLE SOBRE LA COMPETENCIA: DOS REGLAS ANTITRUST CONDENADAS A
ENTENDERSE***

**THE APPRECIABILITY IN THE EFFECT ON TRADE BETWEEN MEMBER STATES AND
IN THE RESTRICTION OF THE COMPETITION: TWO ANTITRUST RULES REQUIRED
TO CONNECT**

Pedro Mario GONZÁLEZ JIMÉNEZ
Universidad de Córdoba

Resumen: La regla de minimis y la regla del efecto apreciable sobre el comercio son realmente decisivas a la hora de encajar o no un determinado comportamiento económico dentro la normativa antitrust de la Unión Europea. Ambas son parecidas, aunque funcionan de manera muy distinta. Con el objetivo de arrojar luz sobre ambas, el presente artículo las pone en relación. En primer lugar, analiza la regla del efecto sobre el comercio intracomunitario. Seguidamente, realiza una comparación entre ella y la que exige una restricción sensible sobre la competencia. Lo anterior conduce a detectar tanto las similitudes como las diferencias entre ellas, así como la existencia de una estrecha relación entre las dos. De ahí que el trabajo concluya finalmente que estas dos reglas antitrust están obligadas a entenderse.

Palabras clave: Efecto sobre el comercio, regla AEAC, afectación al mercado común, acuerdos de menor importancia, regla de minimis, acuerdo colusorio, abuso de posición de dominio, derecho europeo de la competencia.

Abstract: The de minimis rule and the NAAT rule are really relevant when antitrust law is applied to factual assumptions. Although they are similar, it is also true that they work quite differently. So, with the purpose of clarifying these two related rules, this article analyzes, firstly, the effect on trade between member States. In second place, it makes a comparison between it and minor importance agreements. In this sense, some differences and similarities are pointed out, as well as the need for a close relationship between the two. Hence, this work ends with the conclusion that the two european rules are bound to be understood.

Keywords: Effect on trade, NAAT rule, Impact on the common market, minor importance agreements, de minimis rule, anticompetitive agreements, abuse of a dominant position, european antitrust law.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL EFECTO SOBRE EL COMERCIO INTRACOMUNITARIO. 2.1. Concepto de “comercio entre los Estados miembros”. 2.2. La posibilidad de afectación. 2.3. Concepto de “apreciabilidad”. 3. LA REGLA DE LA AUSENCIA DE EFECTO APRECIABLE SOBRE EL COMERCIO Y LA REGLA DE MINIMIS. 3.1. El origen de ambas reglas como origen de la confusión. 3.2. Las similitudes entre la regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio y la regla de minimis. 3.3. Las diferencias entre la regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio y la regla de minimis. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestra realidad jurídica en materia de defensa de la competencia coexiste un Derecho supranacional, de carácter europeo, con otro de índole nacional. La segmentación de los ámbitos de actuación de ambos ordenamientos obedece a la envergadura de las restricciones, de forma que únicamente quedan sometidas al Derecho europeo las conductas de importancia comunitaria. Este aspecto se concreta en la cláusula de afectación al mercado común, que viene a determinar la aplicación

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia del Ministerio de Economía Industria y Competitividad intitulado «Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial: diagnóstico y propuestas de solución» (Ref. DER2017-85652-P), del que son Investigadores Principales los Profs. Drs. Luis María Miranda Serrano y Javier Pagador López.

de las diferentes disposiciones en materia *antitrust*, especialmente los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Pero es posible que un supuesto de hecho sea enjuiciable conjuntamente por las normas comunitarias y nacionales. Cuando esto ocurra, esta simultaneidad de normas debe solventarse conforme a la teoría de la doble barrera, merced a la cual es plausible una aplicación paralela de ambos Derechos. De esta manera, una misma actuación podría ser valorada y sancionada conforme a sendos ordenamientos, aunque por razones de justicia se tengan en cuenta las multas impuestas previamente por aplicación de cualquiera de ellos.

El efecto sobre el comercio intracomunitario, contenido de la cláusula de afectación al mercado común de los acuerdos colusorios y del abuso de posición de dominio, se ha desarrollado en la Comunicación de la Comisión Europea sobre *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio* (DOUE C 101, de 27 de abril de 2004). Según estas Directrices, que recogen la jurisprudencia comunitaria más importante, deben tenerse en consideración tres elementos para aplicar el criterio del efecto sobre el comercio: 1º. el concepto de “comercio entre los Estados miembros”. 2º. la noción de “puede afectar” y, 3º. el concepto de “apreciabilidad”.

El concepto de apreciabilidad, como veremos más adelante, implica que los acuerdos y prácticas no quedarían sancionados cuando sólo afectasen al mercado de una manera insignificante. Al respecto, se puede decir que a mayor posición de mercado de las empresas investigadas, tanto desde el punto de vista de su cuota de mercado como de su volumen de negocios, mayor probabilidad habrá de que la conducta pueda afectar al comercio de los Estados miembros de manera apreciable.

Las Directrices establecen un criterio de cuantificación que tiene por objeto aportar mayor seguridad jurídica. Éste se conoce como regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio o regla AEAC. En este sentido, se considera que los acuerdos que respeten simultáneamente ciertas condiciones, en principio no afectarían de forma apreciable al comercio comunitario. Estas circunstancias son: a) cuota conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia inferior al 5%; y b) un volumen de negocios total anual en la Comunidad de las empresas interesadas o del proveedor de los productos inferior a 40 millones de euros.

En paralelo, el Tribunal de Justicia ha venido matizando la prohibición taxativa que los tratados comunitarios han hecho de todo acuerdo colusorio, gracias a la aplicación de la regla *de minimis*¹. Merced a este criterio, en virtud de la reducida participación en el mercado de las empresas que participan en un acuerdo, se concluye su carácter de poca importancia y, por consiguiente, la conveniencia de no aplicar la sanción. A partir de la STJCE del caso *Völk*, vio la luz la primera Comunicación de la Comisión en materia de menor importancia. Ésta supuso el pistoletazo de salida para un total de seis Comunicaciones, siendo la de 2014 la más reciente de todas ellas².

Esta Comunicación considera que los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio comunitario y que puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear la competencia, no la restringen de forma sensible en el sentido del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: a) cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de los acuerdos horizontales y; b) cuando la cuota de mercado de cada una de las partes en el acuerdo no exceda del 15 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos verticales.

¹ Entre otras, STJCE *Franz Völk c. SPRL ETs J. Vervaecke*, asunto 5/69, 9 de julio de 1969.

² Comunicación de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apdo. 1 del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE núm. 64, de 2 de junio de 1970), Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia que no caen bajo la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C 313 de 29 de diciembre de 1977), Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C231, de 12 de septiembre de 1986), Comunicación de la Comisión de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE, C- 372, de 9 de diciembre de 1997), Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE C368/13, de 22 de diciembre de 2001) y Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOUE C291, de 30 de agosto de 2014).

La afectación del mercado comunitario y el carácter sensible de la restricción de la competencia si bien son conceptos diferentes, pueden resultar confundibles, dada la formulación similar de la regla *de minimis* y de la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio. No en vano, ambas atienden a un criterio cuantitativo –la cuota de mercado- y suponen la inaplicabilidad del Derecho comunitario al acuerdo enjuiciado.

Más allá de su parecido razonable, lo cierto es que las dos reglas son determinantes a la hora de encajar un supuesto de hecho en la normativa *antitrust*. Por eso el presente artículo analiza, primeramente, el efecto sobre el comercio intracomunitario. Seguidamente, realiza una comparación entre éste y el carácter significativo de la restricción de la competencia. En ésta, se ponen de manifiesto tanto las similitudes como las diferencias entre ambas, así como la necesidad de que exista una estrecha relación entre las dos. De ahí que este trabajo finalice con la conclusión de que las dos reglas de origen comunitario están obligadas a entenderse.

2. EL EFECTO SOBRE EL COMERCIO INTRACOMUNITARIO

Los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea únicamente se pueden aplicar a aquellos acuerdos y prácticas que “puedan afectar al comercio entre los Estados miembros”. Así pues, al Derecho Europeo sólo le preocupan las restricciones de la competencia que tengan una cierta dimensión en el espacio común, si bien los supuestos que no revistan interés comunitario aún podrían quedar prohibidos por el Derecho de los Estados miembros.

El efecto sobre el comercio entre los Estados miembros se erige, por tanto, en un criterio jurisdiccional que determina el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia. Sirve como criterio de reparto de los asuntos entre las distintas autoridades y órganos jurisdiccionales que conocen sobre competencia. De hecho, también determina el ámbito de aplicación del artículo 3 del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación conjunta del Derecho *antitrust* europeo y nacional.

En primer lugar, cabría plantearse si un acuerdo o práctica que restringe la competencia pero que no afecta de forma sensible al comercio entre Estados miembros tiene o no la consideración de una práctica lícita para el Derecho de la Unión Europea. Nos preguntamos, en suma, si la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio -regla AEAC- responde a la máxima *status effectus lex non curat* o *status effectus praetor non curat*.

Las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio no abordan el problema de lo que constituye una restricción apreciable de la competencia, objeto propio de la Comunicación *de minimis*³. Su finalidad, por el contrario, es determinar la competencia material de la autoridad y los tribunales europeos. En rigor, el Reglamento 1/2003 insta a que las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen el Derecho nacional de la competencia y el comunitario de forma conjunta para aquellos supuestos en los que se vea afectado el comercio comunitario. No obstante, cierto es que también podrían optar por aplicar exclusivamente el Derecho comunitario. En todo caso, lo que nunca podrán hacer es limitarse a aplicar el derecho nacional de la competencia. La razón estriba en que el efecto sensible sobre el comercio comunitario atrae la aplicación de los arts. 101 y 102, siendo idóneo el Derecho nacional para los casos en que no se puede aplicar el Derecho *antitrust* europeo, por no verse afectado el comercio comunitario.

En efecto, el criterio del efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación de los arts 101 y 102 a aquellos acuerdos y prácticas que pueden producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la comunidad⁴. Sin embargo, la ausencia de ese efecto no implica que no exista una restricción de la competencia. Por ello, es lógico pensar que un acuerdo o práctica que presenta un mero efecto estatal no deja de ser un ilícito *antitrust* aunque no interese al legislador comunitario. Es, pues, indubitado que en el Derecho de la Unión Europea las conductas de incidencia circunscrita a un Estado miembro se reputan ilegales siempre y cuando encajen en una prohibición estatal. Razón por la cual cabe concluir que “la regla AEAC” responde en Europa a la máxima *status effectus praetor non curat*

³ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 4.

⁴ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 13.

(el pretor no se ocupa de asuntos nacionales) y no al principio *status effectus lex non curat* (la ley no se ocupa de asuntos nacionales). Esto es así porque el legislador comunitario ha decidido no aplicar su Derecho a las conductas que tengan tan solo efectos en un Estado miembro, a la vez que no ha impedido que dichos comportamientos sean sancionados en la sede nacional donde se sufren sus efectos dañinos.

Despejadas las dudas sobre la legalidad de los acuerdos y las prácticas que no afectan al comercio intracomunitario, es momento de pasar a abordar los criterios conforme a los cuales se determina hoy la afectación al mercado común. En las Directrices se recogen tres conceptos clave para aplicar el criterio del efecto sobre el comercio: 1º. el concepto de “comercio entre los Estados miembros”. 2º. la noción de “puede afectar” y, 3º. el concepto de “apreciabilidad”.

2.1. Concepto de “comercio entre los Estados miembros”

El concepto de comercio entre Estados miembros no se limita a la idea tradicional de intercambio de mercancías. Se trata de un concepto más amplio que abarca toda actividad económica transfronteriza⁵. En este sentido, no se requiere que la conducta en cuestión se lleve a cabo dentro de la UE. Podría realizarse fuera y tener repercusión sobre el comercio comunitario⁶. Esto, en definitiva, es coherente con el objetivo primordial de garantizar la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales dentro del espacio común.

Por otra parte, según reiterados pronunciamientos del Tribunal de Justicia, el concepto de comercio también incluiría comportamientos que dañen la estructura de la competencia en el mercado. En particular, la estructura de la competencia en la Comunidad y las actividades económicas a las que se dedica una empresa, se ven afectadas cuando esta última es eliminada o corre el riesgo de serlo. Por esta razón, los acuerdos y prácticas que afectan a la estructura de la competencia en la Comunidad eliminando o amenazado con eliminar a un competidor que opera en la Comunidad pueden estar sujetos a las normas comunitarias de competencia⁷.

Por último, cabe matizar que el concepto de comercio entre los Estados miembros requiere de un impacto en la actividad económica transfronteriza que afecte al menos a dos Estados miembros. Sin embargo, no es indispensable que el acuerdo o la práctica afecten al comercio entre un Estado miembro y el conjunto de otro Estado miembro. Esto es debido a que los arts. 101 y 102 TFUE resultan también aplicables en los casos que incidan sobre una sola parte de un Estado miembro a condición de que el efecto sobre el comercio sea apreciable⁸.

2.2. La posibilidad de afectación

Los términos “pueda afectar” ven la naturaleza del impacto requerido sobre el comercio comunitario. Según el modelo de análisis del Tribunal de Justicia, suponen que ha de ser factible prever con un adecuado grado de probabilidad, con arreglo a un conjunto de factores objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo o práctica puede tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados miembros⁹. El método empleado consta de tres elementos, a saber¹⁰: a) “un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho”, b) una influencia en las “corrientes comerciales entre Estados miembros”, y c) “una influencia directa o indirecta, real o potencial en las corrientes comerciales”.

En primer lugar, la evaluación de los efectos comerciales se fundamenta en factores objetivos. En efecto, no es imprescindible que exista una intención subjetiva por parte de las empresas

⁵ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 19.

⁶ ALTZELAI ULIONDO, I. (2011): “Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”. *Revista de Derecho de la competencia y la distribución* 9, pág. 59.

⁷ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 20.

⁸ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 21.

⁹ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 23.

¹⁰ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 24.

involucradas¹¹. Además, la expresión "pueda afectar" y el hecho de que el Tribunal de Justicia haga alusión a *un grado suficiente de probabilidad* conllevan que sea suficiente que el acuerdo o práctica pueda producir tal efecto, no siendo necesario determinar que se haya producido o se pueda producir un efecto sobre el comercio¹². Por otro lado, entre los aspectos que se deben estudiar para determinar si un acuerdo o práctica puede afectar al comercio entre Estados miembros, se encuentran¹³: 1º. la naturaleza del acuerdo o práctica, ya que ciertos comportamientos pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio comunitario. 2º. la naturaleza de los productos cubiertos por los acuerdos o prácticas, puesto que cuando éstos se comercializan fácilmente a través de las fronteras o son significativos para las empresas que desean introducirse en otros Estados miembros, es más cómodo determinar la aplicabilidad del Derecho comunitario. 3º. la posición de mercado de las empresas interesadas y sus volúmenes de ventas. 4º. el entorno de hecho y de derecho en el que opera el acuerdo o práctica.

En segundo lugar, para que los artículos 101 y 102 sean aplicables ha de existir también una influencia suficiente en las "corrientes comerciales entre Estados miembros". Este concepto es neutral, esto es, no obliga a que el comercio se vea restringido o reducido. Las corrientes comerciales pueden verse afectadas incluso cuando un comportamiento causa un aumento del comercio. Efectivamente, el Derecho comunitario es aplicable cuando sea previsible que el comercio entre Estados miembros se desarrolle de manera distinta según exista o no una conducta *antitrust*¹⁴.

Por último, la influencia de los acuerdos y prácticas sobre las corrientes comerciales entre Estados miembros puede ser directa y real, pero también indirecta y potencial. Por un lado, los efectos indirectos ocurrirían sobre todo en relación con los productos vinculados con productos cubiertos por un acuerdo o práctica o incluso en relación con los propios productos cubiertos, como ocurriría con los acuerdos merced a los cuales un fabricante limita la garantía a los productos vendidos por los distribuidores en su Estado miembro de establecimiento¹⁵. Por otro lado, los efectos potenciales son los que pueden realizarse en el futuro con un adecuado grado de probabilidad. En este sentido, se debe tomar en consideración la evolución previsible del mercado, especialmente el impacto de las medidas de liberalización adoptadas por la Comunidad o por el Estado miembro en cuestión, así como cualquier otra medida previsible destinada a eliminar los obstáculos legales al comercio¹⁶. Con todo, la inclusión de estos efectos indirectos y potenciales no significa que el análisis del caso pueda sustentarse en efectos remotos e hipotéticos¹⁷.

2.3. Concepto de "apreciabilidad"

Los artículos 101 y 102 TFUE no son aplicables cuando los acuerdos y prácticas afectan al mercado de forma insignificante, considerada la débil posición de las empresas¹⁸. Para evaluar esta apreciabilidad del efecto sobre el comercio se han de contemplar los pormenores de cada asunto, en concreto la naturaleza del acuerdo o práctica, de los productos de que se trate y la posición de mercado de los operadores afectados. Esta última puede medirse tanto en términos absolutos como relativos. De ahí que el volumen de negocios y la cuota de mercado constituyan una orientación de la capacidad de un acuerdo o de una práctica para afectar al comercio comunitario, como refleja la regla AEAC.

La Comisión Europea, partiendo de la base de que es plausible señalar cuándo es probable que el comercio entre Estados miembros no se vea afectado de forma apreciable, presume *iuris tantum* que hay ausencia de efecto apreciable sobre el comercio comunitario cuando se respetan simultáneamente dos condiciones: a) cuota conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia inferior al 5%; y b) un

¹¹ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 25.

¹² DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 26.

¹³ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, puntos 29-32.

¹⁴ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 33.

¹⁵ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, puntos 38-39.

¹⁶ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 41.

¹⁷ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 43.

¹⁸ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 44, citando la STJCE *Franz Völk c. SPRL ETs J. Vervaecke*, asunto 5/69, 9 de julio de 1969.

volumen de negocios total anual en la Comunidad de las empresas interesadas o del proveedor de los productos inferior a 40 millones de euros. Esta presunción negativa, además, resulta aplicable a todos los acuerdos, con independencia de la naturaleza de las restricciones que contengan, lo que incluye aquellas restricciones consideradas especialmente graves en los reglamentos de exención por categorías o en las directrices de la Comisión. No obstante, de ningún modo implica que los acuerdos y las prácticas que no se adecuen a los criterios señalados puedan afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros de manera automática, sino que es necesario atender a cada caso.

Esta presunción negativa se acompaña de otra positiva, también refutable, en virtud de la cual la Comisión considerará que un acuerdo o práctica que pueda afectar al comercio entre Estados miembros tiene efectos apreciables sobre el comercio cuando el volumen de negocios de las partes en los productos cubiertos por el acuerdo sea superior a 40 millones de euros o cuando la cuota de mercado de las partes supere el umbral del 5 %.

3. LA REGLA DE LA AUSENCIA DE EFECTO APRECIABLE SOBRE EL COMERCIO Y LA REGLA DE MINIMIS

3.1. El origen de ambas reglas como origen de la confusión

Las tres primeras Comunicaciones *de minimis*, que aludían conjuntamente a los efectos sensibles sobre la competencia y sobre el comercio entre Estados miembros, abrazaron un criterio cuantitativo dual, representado por el volumen de negocio y la cuota de mercado¹⁹. Más tarde, la cuarta Comunicación, que vio la luz en 1997, sustituyó esa dualidad por un criterio cuantitativo único, a la par que introdujo una serie de prohibiciones *per se* y estableció un nuevo rol del concepto de PYME²⁰. En esta Comunicación encontramos, precisamente, el origen de una confusión histórica entre las dos reglas a las que nos referimos.

En efecto, el criterio cuantitativo dual de las Comunicaciones más antiguas que aludía al volumen de negocio y a la cuota de mercado, se reemplaza por un único criterio que se mantiene hasta hoy: la cuota de mercado. El criterio dual, sin embargo, no se abandona del todo. Más bien lo que se hace es trasladarlo a la noción de efecto sobre el comercio y alejarlo de la noción de restricción de la competencia. Prueba de ello es que ha sido el método adoptado en la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio de las Directrices de 2004, la cual atiende, como hemos visto, al volumen de negocios y a la cuota de mercado.

Por otra parte, se introduce una excepción a la salvaguarda *de minimis* para algunos acuerdos que por su objeto son considerados ilícitos *per se*²¹. Con anterioridad, los acuerdos restrictivos por su naturaleza eran susceptibles de beneficiarse de la regla *de minimis*²². De hecho, la primera resolución en la que se aplica esta regla, la sentencia del caso *Völk*, versa precisamente sobre un supuesto prohibido por su propia naturaleza anticompetitiva. Esta aparente contradicción, quizás se salvaría pensando que aquel supuesto -hasta ahora tratado como el origen de la doctrina que considera lícitas las conductas que

¹⁹ Comunicación de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apdo. 1 del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE núm. 64, de 2 de junio de 1970), Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia que no caen bajo la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C 313 de 29 de diciembre de 1977) y Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C231, de 12 de septiembre de 1986).

²⁰ Comunicación de la Comisión de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE, C- 372, de 9 de diciembre de 1997).

²¹ BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia en la nueva Comunicación de la Comisión”, *Not UE* 169, (1999), págs. 47-50.

²² MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla de minimis en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *Derecho de los negocios* 216 (2008), págs. 13-16 y VALLINA HOSET, R (2008): “¿De minimis lex non curat o de minimis praetor non curat?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 2, págs. 47-61.

no son capaces de afectar de forma significativa a la competencia- no se refería al carácter insignificante del efecto restrictivo sobre la competencia, sino sobre el comercio. Es más, la nota 29 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio apoya esta teoría, pues no duda en citar esta sentencia cuando habla de la “apreciabilidad”.

Finalmente, se señaló que los acuerdos celebrados entre PYMES difícilmente afectan al mercado, incluso superando los umbrales mínimos de la Comunicación, por no tener un interés comunitario suficiente para justificar la intromisión de las autoridades comunitarias. De este modo, según la doctrina, se producía la paradoja de que, a pesar de que la nueva Comunicación había suprimido el volumen de negocio de las empresas participantes como criterio cuantitativo, se introducía la citada referencia a una categoría que, por definición, se basa exclusivamente en la dimensión económica²³. La clave nuevamente estaría en que la Comisión, al hacer referencia a la PYME, estaba pensando en la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio y no en delimitar la noción de restricción de la competencia. Así, se concibió la ausencia de efecto sobre el comercio como una regla que se aplica incluso a las restricciones significativas de la competencia.

La Comunicación de 2001 termina de confirmar el cambio sustantivo de la regla *de minimis* que se inicia con la Comunicación de 1997. No en vano, esta Comunicación vino a subrayar el elemento que daría lugar a una nueva etapa en la configuración de la menor importancia. Nos referimos, en suma, a la aclaración que se realiza acerca de que los efectos sensibles se predicen tanto de la competencia como del comercio intracomunitario, pero que en todo caso la regla *de minimis* se ocupa de la sensibilidad en la restricción de la competencia, no sobre el comercio²⁴. Por tanto, una cosa es el efecto sensible sobre la competencia y otra bien distinta el impacto significativo sobre el comercio intracomunitario. Esto, que hoy resulta evidente, era más ambiguo en anteriores versiones de la Comunicación en materia de menor importancia²⁵. El motivo principal es que se hacía referencia al efecto apreciable en la restricción de la competencia y en el comercio entre los Estados miembros de forma indistinta, sin diferenciar uno y otro. De hecho, para definir la regla *de minimis* se utilizaban umbrales cuantitativos que si bien eran útiles para definir lo que no es una restricción sensible de la competencia, no lo eran para identificar qué es un impacto apreciable en el comercio de los Estados miembros²⁶.

La Comunicación de 2001 no determinaba cuándo hay un efecto sensible en el comercio intracomunitario. Sin embargo, aportó cierta claridad al conectar el impacto apreciable y las PYMES. Gracias a esta asociación, es posible deducir que el criterio cuantitativo referido al volumen de negocio de las empresas de las primeras Comunicaciones no aludía a la sensibilidad de la restricción de la competencia, sino al efecto sobre el comercio entre los Estados miembros. Igual ocurrió con la referencia a las PYMES de la Comunicación de 1997, que no se ha de concebir como una excepción al criterio cuantitativo aplicable a la sensibilidad de la competencia, sino como una guía para la determinación del impacto apreciable en el comercio de los Estados miembros. La incertidumbre generada en 1997 acerca de si un acuerdo entre empresas de pequeña y mediana dimensión quedaría sujeto o no a los supuestos considerados *per se* ilícitos quedaba salvada. La realización de una conducta del punto 11 de la Comunicación o cualquier otra rebasando los umbrales de cuota de mercados establecidos, presume que se ha producido un efecto sensible sobre la competencia, pero no prejuzga el efecto sobre el comercio entre Estados Miembros. Para concluir la mayor importancia aún habría que examinar el efecto sobre el comercio intracomunitario, que desde 2001 se encuentra claramente separado del efecto sobre la competencia. Las directrices relativas al efecto sobre el comercio de 2004 y la Comunicación *de minimis* de 2014 así lo han confirmado²⁷.

La conclusión alcanzada es que todo lo expuesto ha dado origen a una confusión que hoy todavía perdura y que imposibilita una adecuada configuración de las conductas de menor importancia,

²³ Vid. Bello Martín-Crespo, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, *op.cit.*, pág. 49.

²⁴ Punto 1-3 de la Comunicación de 2001.

²⁵ Peepkorn, L., “New notice on agreements of minor importance (de minimis Notice)”, *Competition Policy Newsletter* 1 (2002), pág. 45.

²⁶ *Ibidem*, pág. 45.

²⁷ Véase el punto 4 de la Comunicación *de minimis* 2014, el cual apunta que *la presente Comunicación no indica qué constituye un efecto sensible sobre el comercio entre Estados miembros*. Además, ya no se alude en esta Comunicación al concepto de PYME, sino que se remite a las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio.

especialmente en España. Ciertamente es que el parto de la doctrina sentada en el caso *Völk* y la primera Comunicación *de minimis* trajo mellizos. Durante los primeros años el parecido era tan extremo que era imposible diferenciarlos. Sin embargo, como se trata de mellizos y no de gemelos, el tiempo ha puesto de manifiesto diferencias de cierta entidad. Aunque no puede negarse el origen común, la noción de restricción sensible de la competencia y la ausencia de un efecto apreciable sobre el comercio son nociones distintas que mantienen, empero, una estrecha relación, como cabe esperar de dos sujetos que han compartido el vientre materno. De hecho, en Europa, no cabe entender la una sin la otra.

3.2. Las similitudes entre la regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio y la regla *de minimis*

Proveniente de su punto de partida común, la regla *de minimis* y la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio comunitario comparten, principalmente, dos rasgos muy relevantes: 1º. ambas nociones contribuyen a la no aplicación del art. 101 TFUE, es decir, las dos determinan que el ilícito *antitrust* no sea “punible”; y 2º. tanto una como otra se sirven de la idea de cuota de mercado para dotarse de contenido.

En primer lugar, es sabido que la regla *de minimis* funciona como un espacio seguro dentro del cual las empresas no son sancionadas. Esto se debe, en última instancia, a que la sensibilidad de la restricción de la competencia forma parte del tipo del art. 101 TFUE. De modo que si no se da, no cabe hablar de una conducta prohibida. Ciertamente es, empero, que esto tiene una utilidad cada vez más reducida, pues la Comunicación de 2014 ha ampliado los supuestos excluidos de ésta –toda restricción de la competencia por su objeto, nada menos- y ha establecido su “carácter subsidiario” respecto de los reglamentos de exención por categorías. En este sentido, la regla de la ausencia del efecto apreciable sobre el comercio funcionaría, de forma paralela, como otro espacio seguro. En él las empresas tienen la confianza de que no se les aplicará el derecho *antitrust* europeo, y por tanto, la sanción derivada de la constatación del ilícito del art. 101 TFUE. En todo caso, cierto es que funcionaría como una salvaguarda menor, en tanto que no garantiza que la conducta no sea sancionada por el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, lo que en principio no debería ocurrir con la regla *de minimis*, merced al principio de primacía del Derecho comunitario²⁸.

En segundo lugar, si la regla *de minimis* establece cuotas de mercado del 15% para los acuerdos verticales y del 10% para los acuerdos horizontales, la regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio utiliza como criterio el 5%. Esto implica que ambas reglas acuden al poder relativo de las empresas investigadas, lo que a priori podría resultar extraño si las reglas son diferentes. No obstante, es fácil constatar que el porcentaje es significativamente inferior en el caso del efecto sobre el comercio. Esto tiene sentido, puesto que la Comisión es estricta a la hora de determinar un elemento del tipo –la sensibilidad de la restricción de la competencia-, pero flexible al establecer que las empresas de pequeña dimensión, incluso en restricciones por el objeto, no interesan al Derecho comunitario de defensa de la competencia – *status effectus praetor non curat*-.

²⁸ Liñán Hernández, P. (2016): “Aplicación del derecho de la competencia a los contratos de suministro de carburantes: varias cuestiones relativas al contenido y alcance de la llamada regla de *de minimis*”, Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (Coord. Yzquierdo Tolsada, M.), págs. 280-281.

3.3. Las diferencias entre la regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio y la regla de *minimis*

Tras años de confusión, la regla de *minimis* y la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio se han diferenciado principalmente en tres extremos: 1º. El efecto sobre el comercio es un criterio jurisprudencial que determina la competencia o ámbito de aplicación del Derecho antitrust europeo, mientras que la regla de *minimis* conforma un elemento del tipo, como es el carácter sensible de la restricción; 2º. Una conducta que restrinja la competencia de forma significativa pero que no afecte de forma apreciable al comercio es una conducta típica pero no punible por la autoridad antitrust europea - *status effectus praetor non curat*-. Sin embargo, una conducta que no restrinja la competencia de forma significativa pero afecte de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros, ni siquiera es una conducta típica, por no encontrarse en el cuerpo de la Ley -*de minimis lex non curat*- y; 3º. La regla de *minimis* queda circunscrita exclusivamente a las restricciones de la competencia por sus efectos, al contrario de la regla de ausencia del efecto sobre el comercio, que es de aplicación a restricciones de la competencia por sus efectos y por su objeto.

En efecto, la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio atiende a la máxima “*status effectus praetor non curat*”, como se ha explicado en apartados anteriores, al servir de criterio jurisprudencial para que la autoridad y el juzgador comunitario se centren sólo en aquellos casos que revisten interés comunitario. Así, en definitiva, el hecho de que un acuerdo colusorio no tenga efectos apreciables en la Comunidad sino tan sólo en un determinado Estado miembro, no desvirtúa la naturaleza del pacto. Una puja fraudulenta, por ejemplo, es un ilícito antitrust tanto si afecta a más de un Estado miembro como si no. Encaja en la prohibición del art. 101 TFUE y 1 LDC. Lo que ocurre, sin embargo, es que la autoridad europea puede decidir no perseguirlo y dejar que sean las autoridades del Estado donde se sufren sus efectos las que lo persigan y sancionen.

En contraposición, como ha argumentado con solvencia la doctrina, la regla de *minimis*, entendida como determinación del carácter sensible de la restricción de la competencia, atiende a la máxima “*de minimis lex non curat*”, y no al apotegma “*de minimis praetor non curat*”²⁹. Esto se debe a que la significancia de la restricción forma parte del tipo en sí, y no constituye simplemente un criterio de utilidad para que la autoridad priorice unos casos respecto de otros. La restricción de la competencia o es sensible o no es una auténtica restricción de la competencia. Esto, además, ha quedado aún más claro a raíz de la última Comunicación de *minimis* de 2014, merced a la cual se consideran excluidas de esta regla las restricciones por el objeto o las prohibidas por un Reglamento de exención por categorías. La Comisión las destierra del espacio seguro que supone la regla de *minimis* porque en ningún caso pueden considerarse de escasa importancia desde el punto de vista de la competencia. Si una conducta tiene por objeto restringir la competencia, eso debe estar prohibido, en principio, por el Derecho de la competencia. A contrario sensu, una conducta que no tenga por objeto restringir la competencia, que no esté prohibida por un Reglamento y que sea llevada a cabo por empresas que carecen de un poder mínimo para influir en la competencia, parece razonable que no se prohíba, esto es, que quede protegida por la regla de *minimis*.

La relación de parentesco que mantiene una regla y otra sería entonces la siguiente: primero se ha de analizar si una conducta encaja en el tipo del art. 101 TFUE, lo que implica estudiar si es o no una restricción sensible de la competencia. En el caso de que lo fuese, por ejemplo, por ser una restricción por el objeto, estaríamos en todo caso ante un ilícito antitrust. Sin embargo, este ilícito podría resultar “no punible” porque así lo decida la autoridad competente, atendiendo para ello a los inapreciables efectos que la conducta tiene para el comercio. Esto no se debe a que la conducta en sí no tenga carácter restrictivo sino a la función del Derecho antitrust, que no estriba en matar moscas a cañonazos. La regla de ausencia de efecto apreciable sobre el comercio abarca más supuestos de hecho que la regla de

²⁹ Vid. Miranda Serrano, L.M. (2008): “La regla de *minimis* en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *Derecho de los negocios* 216, págs. 5-22 y Vallina Hoset, R (2008): “¿De *minimis lex non curat* o de *minimis praetor non curat*?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 2, págs. 47-61.

minimis, pero en contrapartida no determina la licitud de la conducta, sino su no persecución en el ámbito puramente administrativo.

En el caso de España la cosa es más complicada. Por un lado, el régimen de la regla *de minimis* no es exactamente el mismo que en el ordenamiento comunitario. Si bien el nacional se inspira en este último, existen una serie de supuestos que quedan prohibidos por un ordenamiento pero permitidos por el otro³⁰. Esto, ya de por sí, fagocita la seguridad jurídica. Por otra parte, a ello debemos añadir que, aparentemente, no contamos en sede nacional con una regla equivalente a la ausencia de efecto sobre el comercio. Pareciera como si hubiésemos adoptado únicamente a uno de los dos mellizos a los que hemos aludido con anterioridad. En Europa los dos hermanos han crecido juntos, manteniendo además una relación estrecha que permite no utilizar el Derecho comunitario para sancionar conductas insignificantes que no interesa perseguir. En España, sin embargo, contamos con un régimen obsoleto, que mira a la ya superada Comunicación *de minimis* de 2001, e incompleto, porque no acoge un criterio que module el endurecimiento del análisis de la sensibilidad de la restricción de la competencia derivado de la sentencia del caso Expedia³¹.

4. CONCLUSIÓN

La historia de las reglas *de minimis* y del efecto apreciable sobre el comercio en el Derecho comunitario es escalonada. La clarificación de las dos nociones ha sido un proceso lento no exento de confusiones y malentendidos. Por este motivo es normal que el régimen español de las conductas de menor importancia no se adecue del todo al ordenamiento de la Unión Europea, pese a los reiterados y serios intentos realizados en dicha dirección tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

La doctrina sentada en el caso *Völk* evolucionó en una única dirección, hasta que ésta se comenzó a bifurcar a partir de 1997. Sin embargo, la conexión existente entre las dos vías que entonces se abrieron obliga a recorrer una y otra para llegar al punto de destino. Son efectos diferentes, de eso no hay duda, pero están comunicados de tal forma que uno no se entiende sin el otro. Cierto es que podría parecer que el carácter sensible de la competencia ha quedado descafeinado, inutilizado o relegado a un plano residual a raíz del caso Expedia y de la Comunicación de 2014. Dicho de otro modo: parece que la menor importancia nunca ha tenido tan poca importancia como a partir de 2014. Sin embargo, esto no es enteramente cierto. Lo que ocurre es que el régimen de la regla *de minimis* en sede comunitaria es ahora más completo y presenta un claro carácter dual o bifronte. Esto es así por cuanto que, desde nuestro punto de vista, la consideración de que toda restricción por el objeto restringe sensiblemente la competencia no puede entenderse sin el efecto apreciable sobre el comercio.

El siguiente ejemplo puede ayudar a comprender la conclusión a la que acabamos de aludir: si algunas pequeñas tiendas de souvenirs de una zona muy turística se ponen de acuerdo para fijar los precios, no cabe duda de que están realizando un acuerdo colusorio. Como la fijación del precio es una restricción por su objeto, ésta siempre merecerá ser considerada una restricción de la competencia. Estaríamos, por tanto, en este caso ante una conducta *antitrust*. Sin embargo, como los efectos no tienen gran trascendencia, y se circunscriben a una determinada zona turística, no hay duda de que no se afectaría de forma apreciable al comercio comunitario y por tanto no se aplicaría el art. 101, porque la conducta típica resultaría no punible. En España, por contra, esta conducta sería típica y punible, al no contar con un equivalente a la regla AEAC. La menor importancia, despojada de uno de sus retoños, no tendría cabida en un asunto que a todas luces no reviste entidad suficiente para que la autoridad lo persiga.

Lo expuesto quizá permita advertir la conveniencia de modificar el art. 2 RDC para incorporar la Comunicación *de minimis* de 2014 y evitar así las contradicciones que se dan en ciertos supuestos³².

³⁰ Esto se observa muy bien en el comentario jurisprudencial realizado por Liñán Hernández, P. (2016): "Aplicación del derecho de la competencia a los contratos de suministro de carburantes: varias cuestiones relativas al contenido y alcance de la llamada regla de *minimis*", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. Yzquierdo Tolsada, M.).

³¹ STJCE *Expedia Inc c. Autorité de la concurrence*, asunto C-226/11, 13 de diciembre de 2012.

³² Liñán Hernández, P. (2016): "Aplicación del derecho de la competencia a los contratos de suministro de carburantes: varias cuestiones relativas al contenido y alcance de la llamada regla de *minimis*", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. Yzquierdo Tolsada, M.).

Además, habría de plantearse seriamente la necesidad de no dejar parcialmente huérfanas a las conductas de menor importancia en España, incorporando la regla del efecto apreciable sobre el comercio estatal. La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia nos hace pensar que dicha idea no es descabellada. En virtud de esta norma, corresponde a las Comunidades Autónomas los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en el art. 1 LDC cuando éstas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia *en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma*.

A la vista de esta situación legal nacida de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, cabría plantearnos la siguiente pregunta: ¿Es necesario que la conducta *antitrust* ilícita tenga efectos apreciables al menos en el territorio de una Comunidad Autónoma, o por el contrario, se ha de sancionar una conducta restrictiva de la competencia por su objeto aunque sus efectos sean meramente locales? La respuesta que demos a esta cuestión no es asunto baladí. Todo lo contrario reviste gran importancia. Pero no es éste el lugar adecuado para elaborarla. Las limitaciones de espacio de este trabajo no lo permiten. En otro momento retomaremos el asunto y lo desarrollaremos con la atención que, sin lugar a dudas, merece. Por ahora baste concluir —en la dirección que aflora en el propio título de estas páginas— que las reglas *antitrust* relativas al efecto apreciable sobre el comercio y al efecto sensible sobre la competencia están condenadas a entenderse.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Allendesalazar Corcho, R y Vallina Hoset, R (2010): *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 14.
- Altzelai Uliondo, I. (2011): “Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”. *Revista de Derecho de la competencia y la distribución* 9.
- Barr, F. (1997): “The New Commission Notice on Agreements of Minor Importance is Appreciability a Useful Measure?”, *European Competition Law Review* 4.
- Bello Martín-Crespo, M.P (1999): “Los acuerdos de menor importancia en la nueva Comunicación de la Comisión”, *Not UE* 169.
- Liñán Hernández, P. (2016): “Aplicación del derecho de la competencia a los contratos de suministro de carburantes: varias cuestiones relativas al contenido y alcance de la llamada regla de minimis”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. Yzquierdo Tolsada, M.).
- Miranda Serrano, L.M. (2000): “Restricciones accesorias y prácticas colusorias. Las ancillary restraints y el art. 81 del TCE. A propósito de algunas experiencias jurisprudenciales relativas a cesiones de empresas, franquicias y cooperativas”, *Derecho de los negocios* núm. 122.
- Miranda Serrano, L.M. (2008): “La regla de minimis en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *Derecho de los negocios* 216.
- Miranda Serrano, L.M. (2017): “Prácticas colusorias: ancillary restraints y conductas de minimis”, *Derecho europeo de la competencia: Training of National Judges in EU Competition Law* (Dir. Estevan De Quedasa, C y Ruiz Peris, J.I).
- Peeperkorn, L. (2002): “New notice on agreements of minor importance (de minimis Notice)”, *Competition Policy Newsletter* 1.
- Vallina Hoset, R (2008): “¿De minimis lex non curat o de minimis praetor non curat?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 2.