

LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA EN EL DERECHO ANTITRUST (COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1997 EN EL CASO «HÜLS ESPAÑOLA»¹

Fernando García Cachafeiro²

I. ANTECEDENTES

La resolución objeto de este comentario³ tiene su origen en la denuncia de SMA ESPAÑOLA, S.A. (SMA) contra Hüls Española, S.A. (HÜLS), por conductas constitutivas de abuso de posición dominante, prohibidas en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La denunciante, que se dedica a la distribución y venta de equipos y material de seguridad, suscribió en 1986 un contrato de distribución exclusiva en España de productos para proteger la piel de las manos de los operarios industriales, con el fabricante alemán CHEMISCHE FABRIK STOCKHAUSEN GmbH (STOCKHAUSEN). En 1991 la mayoría del capital de STOCKHAUSEN fue adquirido por Hüls AG. Al año siguiente, STOCKHAUSEN comunicó a MSA su decisión de resolver el contrato de distribución exclusiva que les unía, con la intención de comercializar sus productos a través de la filial española de Hüls AG. Sin embargo, el fabricante alemán suscribió con MSA un nuevo acuerdo regulador de las relaciones entre estas tres entidades.

MSA declaró que el citado acuerdo fue incumplido por la denunciada que: a) captó dolosamente clientela de MSA, cuando lo estipulado era el respeto de las clientelas respectivas; b) impuso condiciones contrarias a las pactadas y manifiestamente abusivas; y c) resolvió intempestivamente la distribución por MSA de los productos de STOCKHAUSEN, alegando instrucciones de ésta ante la demanda judicial de MSA para ser resarcida de daños y perjuicios.

¹ Abreviaturas: *ADI*: Actas de Derecho Industrial, *BICE*: Boletín Económico de Información Comercial Española, *DN*: Derecho de los Negocios, *DOCE*: Diario Oficial de las Comunidades Europeas, *ECLR*: European Competition Law Review, *ELR*: European Law Review, *GJCE*: Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia, *LCD*: Ley de Competencia Desleal, *LDC*: Ley de Defensa de la Competencia, *RDBB*: Revista de Derecho Bancario y Bursátil, *RDM*: Revista de Derecho Mercantil, *RGD*: Revista General del Derecho, *RTDC*: Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, *SDC*: Servicio de Defensa de la Competencia, *TCE*: Tratado de la Comunidad Europea, *TDC*: Tribunal de Defensa de la Competencia, *TJCE*: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *TS*: Tribunal Supremo.

² Este trabajo ha sido realizado gracias a la ayuda y colaboración de la Fundación Caja de Madrid.

³ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de septiembre de 1997, expte. 400/97 - *Hüls Española* (*BICE* 1998, nº 2569, pp. 45 y ss.).

Por su parte, STOCKHAUSEN y HÜLS solicitaron el sobreseimiento del expediente por entender que no había sido acreditada la existencia de prácticas contrarias al artículo 1 LDC y artículo 85 TCE. Merece especial interés la afirmación de HÜLS en el sentido de que *“no hay afectación al comercio comunitario ya que para España la cuota de mercado de los productos STOCKHAUSEN es sólo del 5 por 100, porcentaje que además limita la aplicación de la regla comunitaria de minimis para asuntos de menor importancia”*⁴.

El Servicio de Defensa de la Competencia elevó al Tribunal su Informe-Propuesta en el que manifestaba que había sido acreditada la existencia de conductas prohibidas por la LDC consistentes en fijar el precio de venta al público de los productos revendidos por MSA, en un intento de reparto de mercado al tratar de limitar la libertad del distribuidor de captar sus propios clientes y en una limitación de la distribución al negarle la venta de los productos como consecuencia de la demanda judicial interpuesta por MSA. Sin embargo, el Servicio consideraba que no era oportuno imponer multas porque, entre otras cosas, *“es de apreciar el argumento de «confianza legítima» de la empresa alemana en lo que se refiere a la aplicación de la Regla de minimis en el mercado español”*⁵.

Posteriormente, STOCKHAUSEN y HÜLS solicitaron al TDC que declarase que no había sido acreditada la existencia de conductas contrarias a la LDC. En primer término, STOCKHOUSEN puso de relieve que el SDC había adoptado una valoración positiva de la confianza que tenía dicha entidad en que la regla de *minimis* era aplicable al caso. En segundo lugar, entre otras alegaciones, HÜLS se reafirmó en la idea de que *“la cuota de mercado español que abarcan los productos de STOCKHAUSEN durante los años 1990 hasta 1995 no superan el 5 por ciento de dicho mercado, siendo por tanto una cuota de poca importancia, lo que llevó al Servicio desde el primer momento a no admitir que se hubiese transgredido el artículo 6 LDC como había pretendido la denunciante”*⁶.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Como *certestamente establece el Servicio contradiciendo la denuncia, no se ha dado abuso de posición dominante en la conducta de HÜLS frente a MSA pues, con sólo un 5 por 100 de cuota de mercado que detentan en España los productos objeto del expediente, no se da la condición necesaria para que haya conducta abusiva que es la existencia de posición dominante.*

2. *Los hechos probados ponen en evidencia que lo que ha habido es un acuerdo de reparto de mercados y de fijación de precios entre tres empresas, STOCKHAUSEN y HÜLS de una parte, y MSA de otra, lo que constituye práctica prohibida tanto por el artículo 1 LDC como por el artículo 85 TCE. El Servicio, sin embargo, sólo dirige la imputación a dos de ellas, STOCKHAUSEN y HÜLS, que constituyen una parte en el acuerdo, sin advertir que un acuerdo entre empresas de los que constituyen prácticas prohibidas tanto en el artículo 85 TCE como en el artículo 1 LDC siempre es necesariamente cosa de dos partes.*

⁴ Punto 7 de los Antecedentes.

⁵ Punto 8.2 de los Antecedentes.

⁶ Punto 15 de los Antecedentes.

3...

4...

5. *El Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, en su artículo 15, modifica varios de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, particularmente el artículo 1 al que se le añade un nuevo apartado 3 en el que, entre otras cosas, se dice que los órganos de Defensa de la Competencia podrán decidir no perseguir las conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. El Tribunal considera, dadas las circunstancias del mercado afectado que ya han sido referidas, de directa aplicación al caso que nos ocupa esta nueva disposición, no sin dejar de hacer constar que la práctica prohibida ha tenido lugar y que también ha tomado parte en la misma la empresa denunciante, además de las otras dos inculpadas por el Servicio.*

III. FALLO

Primero.- Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en un acuerdo de reparto de mercados y fijación de precios, en el que han participado CHEMISCHE FABRIK STOCKHAUSEN GmbH, HÜLS ESPAÑOLA, S.A., y MSA ESPAÑOLA, S.A.

Segundo.- Decidir no perseguir la conducta prohibida al no ser la misma capaz de afectar de manera significativa a la competencia por su escasa importancia, sobreseyendo el expediente.

IV. COMENTARIO

1. Introducción

El término *acuerdos de menor importancia* hace referencia a aquellos convenios que restringen la competencia en el sentido del artículo 1 LDC o del 85 TCE, pero que carecen de entidad suficiente para afectar de forma *sensible* al libre mercado.

En el ámbito comunitario, el artículo 85.1 TCE prohíbe aquellas conductas que limitan la competencia y afectan al comercio entre los Estados miembros. Aunque el precepto no lo diga expresamente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se encargó pronto de matizar que sólo las restricciones sensibles o apreciables son perseguibles en virtud de las normas del Tratado. Este principio fue enunciado por primera vez en el caso *Volk*, en el que el TJCE declaró que “*un acuerdo cae fuera del ámbito de la prohibición del artículo 85 cuando tiene sólo un efecto insignificante en los mercados, teniendo en cuenta la posición que tienen las partes afectadas en el mercado de productos de que se trate*”⁷.

En el Derecho español, la similitud que guarda nuestro artículo 1 LDC con el artículo 85.1 TCE podría llevar a pensar en la conveniencia de que el TDC llevase a

⁷ Sentencia del TJCE de 9 de julio de 1969, asunto 5/69 - *Franz Volk c. S.R.L.P.Éts J. Vervaecke* (Rec. 1969, vol. XV, pp. 295 y ss).

efecto una interpretación de la prohibición de restringir la competencia similar a la que realiza la Autoridad jurisdiccional comunitaria. Pero tal interpretación se hace difícil en nuestro país porque la letra d) del apartado 2 del artículo 3 LDC faculta al TDC para autorizar aquellas conductas que “*atiendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia*”. Dado que sólo se puede autorizar lo que está prohibido, parece que los acuerdos de poca importancia están prohibidos por la LDC y deben ser autorizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia⁸.

Ahora bien, como seguidamente podremos comprobar, el diferente tratamiento que recibían los acuerdos de escasa importancia en el Derecho comunitario y estatal se ha visto atenuado por virtud de la reforma de la LDC introducida por el Real Decreto-Ley 7/1996.

2. Los acuerdos de menor importancia en el Derecho comunitario de la competencia

Como es sabido, el TJCE se ha pronunciado reiteradamente en la línea de que las normas de competencia del Tratado sólo prohíben aquellas conductas empresariales que puedan afectar sensiblemente a la libre competencia y al comercio entre los Estados miembros. Sin embargo, la falta de un efecto apreciable es una cuestión de hecho que debe determinarse caso por caso, a la luz de la doctrina emitida por el Tribunal de Justicia y la Comisión Europea en sus sentencias y decisiones⁹. A estos efectos, constituyen una estimable ayuda las sucesivas comunicaciones que desde la década de los setenta ha emitido la Comisión sobre la materia. La última manifestación de esta actividad orientativa de la Comisión está constituida por la Comunicación (97/C 372/04) de 9 de diciembre de 1997 *relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la comunidad Europea*¹⁰, que se caracteriza, básicamente, por las siguientes notas:

1) La Comunicación establece unos umbrales cuantitativos por debajo de los cuales se considera, en principio, que un acuerdo tiene poca importancia. Tradicionalmente, dicho límite estaba constituido por dos magnitudes: el volumen de negocios y la cuota de mercado de las empresas participantes en una conducta restrictiva. No obstante, la Comunicación de 1997 suprimió la primera de ellas porque se considera -de acuerdo con el *case law* del TJCE- que el carácter menor de un acuerdo es consecuencia de la posición que ocupan las empresas en el mercado de referencia y no del tamaño de las mismas (esto es, de su volumen de negocios). En consecuencia, se dota a la regla *de minimis* de mayor flexibilidad, ya que también las grandes empresas pueden quedar fuera de la prohibición del artículo 85.1 TCE cuando su cuota de mercado sea poco relevante.

⁸ Según en su momento señaló TOBÍO RIVAS, “Las exenciones por categorías en el Derecho español de la competencia: el RD 157/1992”, *DN* 1992, nº 24, p. 24., la diferencia fundamental que existía en este ámbito entre los Ordenamientos estatal y comunitario radicaba en que “*en el sistema español de defensa de la competencia cualquier medida restrictiva de la competencia que afecte al mercado nacional, cualquiera que sea la entidad de la restricción, estará prohibida por el artículo 1 LDC ... En el Derecho comunitario, por el contrario, se admite que determinados acuerdos, aun restrictivos de la competencia si no afectan de forma sensible a la competencia comunitaria, no incurrirán en la prohibición del artículo 85.1 TCEE*”.

⁹ *Vid.* BELLAMY/CHILD, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Ed. española a cargo de PICAÑOL, Civitas, Madrid, 1992, p. 163.

¹⁰ DOCE nº C 372, de 9 de diciembre de 1997, pp. 13 y ss. Una exposición más detallada de su alcance y contenido puede verse en nuestra crónica “Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia”, de próxima publicación en el tomo XVIII de *ADI*.

2) En segundo término, se establecen umbrales mínimos diferentes para los acuerdos horizontales y los verticales, sobre la base de que los primeros entrañan mayores riesgos para la competencia que los segundos. En concreto, la cuota de mercado de las empresas participantes no puede superar la cifra del 10% en los acuerdos horizontales, y del 5% en los verticales. Cuando se trata de un acuerdo mixto, la cuota se establece en el 5%. Además, a los acuerdos mencionados tampoco les afecta la prohibición del artículo 85.1 TCE si durante dos ejercicios constitutivos las cuotas indicadas anteriormente registran un incremento no superior al 10%.

3) Por otra parte, ha de tenerse presente que no se impondrán multas a las empresas que no notifiquen a la Comisión los acuerdos que celebren por considerar, de buena fe, que se encuentran por debajo de los umbrales mínimos que se indican en la Comunicación.

4) Finalmente, la Comunicación otorga una especial consideración a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), que se consideran *a priori* excluidas del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de competencia, a excepción de aquellos supuestos en los que los acuerdos entre PYMES afecten a una parte relevante del mercado o limiten la competencia por el efecto acumulado de redes paralelas de acuerdos similares.

En definitiva, el tratamiento comunitario de los acuerdos de menor importancia, otorga a las empresas la seguridad de poder determinar por sí mismas cuando los acuerdos que celebran entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 85.1 TCD. De este modo, las empresas no tendrán necesidad de notificar a la Comisión los acuerdos de poca importancia que celebren, y ésta no se verá inundada por expedientes de esta clase. Es verdad que la Comunicación de la Comisión no constituye una garantía absoluta, pues es posible que acuerdos que no superen los márgenes establecidos en ella caigan dentro del ámbito de aplicación del artículo 85.1 TCE si reúnen especiales características que puedan afectar al libre comercio. Pero no menos cierto es que también en estos casos las empresas afectadas gozan de cierta seguridad pues, aunque los acuerdos pueden ser declarados nulos, la Comisión no procederá a imponer multas si las partes obraron de buena fe¹¹.

3. Los acuerdos de menor importancia en el Derecho español: el apartado 3 del artículo 1 LDC

En el ámbito estatal, nuestro Derecho de la competencia presenta la peculiaridad mencionada del artículo 3.2 d) LDC que prevé expresamente que los acuerdos poco importantes deben ser autorizados por el TDC. Esta disposición legal -aunque muestra la preocupación del legislador de 1989 sobre la materia- incurre en un grave error al partir del principio de que los acuerdos de menor importancia están prohibidos en la legislación española *antitrust*, cuando lo que debiera preverse es su exclusión por no constituir una limitación de la competencia¹².

¹¹ Para una valoración crítica de la citada Comunicación *de minimis vid.* BARR, "The new Commission Notice on agreements of minor importance: is appreciability a useful measure?", *ECLR* 1997, pp. 207 y ss.; BROBERG, "The minimis notice", *ELR* 1995, pp. 371 y ss.; y LAURILA, "The de minimis doctrine in EEC Competition Law: agreements of minor importance", *ECLR* 1993, pp. 97 y ss.

¹² Como señala GÓMEZ-SEGADE, "La nueva Ley de defensa de la competencia", *ADI* 1989-90, p. 585, "aquí radica el error de partida, no es que haya que conceder una autorización individual o por categorías, porque ello supone la previa existencia de limitaciones de la competencia; lo que realmente sucede es que, en este caso, no existe una limitación de la competencia".

Como resultado de este defectuoso planteamiento, el sistema previsto en la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia incumplía los dos objetivos que persigue la regla comunitaria *de minimis*. En efecto, por un lado imponía al TDC la pesada carga de examinar expedientes de autorización singular de conductas intrascendentes desde un punto de vista económico y por otro lado dejaba a las empresas cooperadoras en una situación difícil, obligadas a someterse al lento y costoso trámite de la autorización para escapar de la amenaza de las normas de la competencia que pendía sobre sus convenios¹³.

Para poner remedio a esta situación, el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, *sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica*, añadió un nuevo apartado 3 al artículo 1 LDC, en cuya virtud “*los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no perseguir las conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia. En tales casos, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá inadmitir las denuncias y el Tribunal de Defensa de la Competencia sobreseer los expedientes*”¹⁴.

Con esta reforma se pretende aproximar nuestro Derecho al ordenamiento comunitario, de modo que ya no sea necesario cumplir con los pesados requerimientos de la autorización singular para excluir la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos poco importantes. Sin embargo, la solución adoptada resulta criticable, principalmente, por los dos motivos siguientes:

En primer lugar, es evidente que técnicamente no es lo mismo *decidir no perseguir* que excluir del ámbito de las normas de la competencia. Recordemos que en el plano comunitario los acuerdos de escasa importancia se presumen lícitos desde la óptica *antitrust*, y no meramente se dejan de perseguir. En suma, no se trata de que dichos acuerdos no se persigan, sino de que no estén prohibidos.

A pesar del escaso acierto de la expresión *no perseguir*, algunos autores consideran que el párrafo 3 del artículo 1 LDC contiene, implícitamente, una presunción de legalidad de los acuerdos poco importantes¹⁵. A este respecto no cabe desconocer que la doctrina más reciente del TDC es partidaria de realizar el examen de ciertos acuerdos restrictivos en sede del artículo 1 LDC, de conformidad con la doctrina norteamericana de la *rule of reason*¹⁶. Y por otra parte tampoco puede silenciarse la dificultad que entraña determinar la eficacia de una decisión de sobreseimiento ante la jurisdicción ordinaria¹⁷.

¹³ Sobre los defectos del sistema previsto en el artículo 3.2 d) LDC, *vid.* COSTAS COMESAÑA, “Los acuerdos de menor importancia en la Ley de defensa de la competencia”, *ADI* 1993, pp. 153 y ss.

¹⁴ BOE de 8 de junio de 1996 y corrección de errores de 18 de junio. En torno a esta reforma *vid.* ALONSO SOTO, “La modificación de la Ley española de Defensa de la Competencia”, *GJCE* 1997, boletín-120, pp. 1 y ss.; y los artículos de COSTAS COMESAÑA “Medidas de liberalización de la economía y modificaciones del Derecho español de defensa de la competencia”, *ADI* 1996, pp. 1018 y ss., y “La nueva regulación de las medidas limitativas de la competencia: El Real Decreto-Ley 7/1996”, *RGD* 1997, pp. 5679 y ss.

¹⁵ *Vid.* COSTAS COMESAÑA, *RGD* 1997, n.1 632, p. 5694.

¹⁶ Sobre la interpretación de la prohibición del artículo 1 LDC según la *regla de lo razonable vid.*, entre otros, GINER PARREÑO, *Distribución y libre competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*, Montecorvo, Madrid, 1994, pp. 483 y ss.; “Artículo 1 de la Ley de Defensa de la competencia y rule of reason (el caso «ICI Paints España, S.A.»)”, *DN* 1993, n° 33, pp. 10 y ss.; GINER PARREÑO/ROBLES MARTÍN-LABORDA, “De nuevo sobre la interpretación y aplicación de la Ley de defensa de la competencia (LDC), conforme a la *rule of reason*”, *DN* 1996, n° 68, pp. 62 y ss.; y MIRANDA SERRANO, “La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas (Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto «ICI Paints España SA»)”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2315 y ss.

¹⁷ *Vid.* COSTAS COMESAÑA, *RGD* 1997, n.1 632, pp. 5694 y ss.

En segundo término, el sistema actual es criticable porque no establece unos parámetros orientativos que permitan dilucidar *a priori* cuando un convenio no afecta sensiblemente a la competencia y, por tanto, no infringe las normas *antitrust*. Por consiguiente, las empresas no pueden determinar por sí mismas cuando deben dirigirse al TDC para solicitar la autorización de los acuerdos y cuando pueden ahorrarse las molestias que ello supone porque se trata de acuerdos irrelevantes.

La ausencia de criterios valorativos de la importancia menor en el Derecho de nuestro país, ha sido criticada tanto por la doctrina¹⁸ como por los propios operadores económicos¹⁹, que reclaman la aprobación por el Gobierno de un reglamento de exención por categorías para los convenios de esta naturaleza. Sin embargo, en su Memoria de 1991, el TDC declaró que no estimaba conveniente la promulgación de dicho reglamento, sobre la base de que mientras que en el Derecho comunitario la aplicación de la regla *de minimis* no impide que las conductas restrictivas puedan ser perseguidas por las autoridades nacionales, en el plano estatal, la ausencia de un Derecho supletorio entraña el riesgo de que determinadas zonas geográficas queden desprotegidas²⁰.

Debe tenerse presente, no obstante, que la protección de las empresas frente a los ataques a la competencia de escasa entidad puede lograrse aplicando la legislación contra la competencia desleal²¹. De este modo, la Ley de Competencia Desleal²² puede cumplir la misión supletoria que el TDC reclama con el fin de no dejar desprotegidos a determinados mercados. A estos efectos, resulta especialmente útil el artículo 15.2 LCD²³: “*tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*”²⁴.

¹⁸ *Vid.*, entre otros, SAGRERA RULL, “Los acuerdos entre empresas y la nueva Ley española de defensa de la competencia”, *DN* 1990, n.º 0, p. 36; o RUIZ PERIS, “Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la competencia español”, *RGD* 1992, n.º 576, pp. 8368 y ss.

¹⁹ *Vid.* Memoria del TDC de 1991, pp. 9 y ss.

²⁰ En concreto, el TDC no estimó adecuado introducir unos umbrales cuantitativos mínimos “*porque mientras la política de la Comisión puede contar con la existencia de autoridades y jurisdicciones nacionales ..., esto no ocurre a nivel interno. Se estimó, por ello, que establecer exenciones generales con un criterio cuantitativo podría dejar, dentro del mercado nacional, privados de protección a determinados mercados geográficos*”, *cfr.* Memoria del TDC de 1991, p. 11.

²¹ *Vid.* GÓMEZ-SEGADE, *ADI* 1989-90, p. 585, “*en caso de existir una infracción (de escasa importancia) tal vez haya que buscar su sanción a través de la Ley de Competencia Desleal*”; ALFARO AGUILA-REAL, “Competencia desleal por infracción de normas”, *RDM* 1991, n.º 202, pp. 667 y ss. y COSTAS COMESAÑA, *RGD* 1997, n.º 632, p. 5686.

²² *Ley* 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE de 11 de enero).

²³ En esta dirección, ALFARO AGUILA-REAL, *RDM* 1991, n.º 202, p. 705, afirma que el artículo 15.2 LCD tiene “*una función residual para los supuestos de acuerdos (verticales y horizontales) de fijación de precios o condiciones de venta que por su escasa importancia no produzcan efectos anticompetitivos perceptibles*”.

²⁴ En relación con la posibilidad de aplicar la LCD a estos supuestos, se plantea el problema de determinar si es necesaria la existencia de una declaración de sobreseimiento del TDC como requisito previo para acudir a la jurisdicción ordinaria. La respuesta a esta cuestión depende de la interpretación que se haga del artículo 13.2 LCD: “*la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la licitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa...*”. En opinión de algunos autores (*vid.* ALONSO SOTO, *GJCE* 1997, boletín-120, pp. 2 y ss) la doctrina actual del TDC y del TS al respecto impide que se plantee una reclamación por infracción del artículo 15.2 LCD sin que exista una decisión previa de las autoridades de competencia sobreseyendo el expediente. En contra, otros autores (*vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, *RDM* 1991, n.º 202, p. 705) consideran que el sistema español simplemente faculta a las partes para reclamar el resarcimiento de los daños causados ante la jurisdicción civil, pero no establece la prejudicialidad del TDC. Por consiguiente, es posible que las partes acudan directamente a la jurisdicción ordinaria.

Tal vez la razón que explica la falta de un reglamento de exención por categorías que fije los límites cuantitativos de la relevancia *antitrust* de los acuerdos, se encuentra en el distinto alcance que tienen los reglamentos y las comunicaciones de la Comisión. En efecto, mientras que los márgenes cuantitativos fijados vía reglamentaria tendrían carácter absoluto y vincularían a los órganos de competencia, los criterios publicados en la comunicación tienen un valor meramente indicativo y no vinculan a las autoridades correspondientes²⁵.

En todo caso, en nuestra opinión, bastaría que el TDC emitiera unas directrices públicas sobre los límites cuantitativos a partir de los cuales considera que los acuerdos no afectan significativamente a la competencia. Estas pautas, que podrían publicarse en las Memorias Anuales del TDC, proporcionarían a las empresas una seguridad similar a la que emana de la Comunicación de la Comisión Europea²⁶.

4. El caso Hüls española

Los defectos del sistema español sobre acuerdos de menor importancia reseñados se ponen de manifiesto en las resoluciones en las que el TDC ha aplicado el artículo 1.3 LDC, y muy especialmente en el caso *Hüls Española* que comentamos.

Efectivamente, en primer lugar, no parece que esté muy claro si la poca importancia de las conductas debe tenerse en cuenta para no aplicar la LDC, para simplemente sobreeser los expedientes o, incluso, para no imponer sanciones. En este sentido, es reveladora la declaración del Servicio de Defensa de la Competencia favorable a la no imposición de multas a HÜLS porque dicha empresa creía legítimamente que la doctrina *de minimis* era aplicable al caso. Parece oportuno que -al igual que sucede en el Derecho comunitario- no se impongan sanciones a las empresas que de buena fe consideran que los acuerdos que celebran no afectan a la competencia de forma apreciable. Ahora bien, lo que no parece de recibo es que, a la vista de las alegaciones de las entidades denunciadas, el SDC no haya investigado si se trataba de una conducta de escasa importancia. En efecto, si el SDC llegase a este convencimiento, debería haber procedido a archivar el expediente -aunque la Ley no le faculta expresamente para ello- o, en todo caso, a proponer al TDC el sobreesimiento del mismo²⁷. En estos casos, lo que procede es poner fin al expediente y no meramente no imponer multas.

En segundo término, la falta de unos criterios generales indicativos de qué acuerdos se consideran de menor importancia se traduce, por una parte, en que el TDC no realiza un análisis riguroso de la posición de las empresas en el mercado y, por otra, en el hecho de que nuestro Tribunal toma en consideración criterios de muy diversa índole, tanto cuantitativos como cualitativos, para enjuiciar los acuerdos de menor importancia. En concreto, en el presente caso, el Tribunal se limita a declarar que considera aplicable el artículo 1.3 LDC "*dadas las circunstancias del mercado afectado que ya*

²⁵ Vid. RUIZ PERIS, "Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la competencia español", *RGD* 1992, n. 576, pp. 8369 y ss.

²⁶ Vid. COSTAS COMESAÑA, *RGD* 1997, n.º 562, p. 5692.

²⁷ Cabe preguntarse qué sucede en aquellos casos en los que la escasa importancia de los convenios no se manifiesta en el momento de presentación de la denuncia, sino que el Servicio llega a esta conclusión en un momento procesal posterior. De acuerdo con la literalidad del artículo 1.3 LDC, el SDC sólo puede poner fin al procedimiento por carecer de importancia en la fase de admisión de la denuncia. Sin embargo, esta interpretación es contraria a las normas de la LDC que regulan el procedimiento ante el Servicio, las cuales prevén que el SDC puede sobreeser los expedientes, con el único requisito de que se conceda audiencia a las partes (artículo 37.4 LDC). Por ello, en nuestra opinión, el SDC también puede archivar un expediente cuando en el curso del mismo llegue al convencimiento de que la conducta denunciada no tiene entidad suficiente para afectar al libre mercado.

han sido referidas”²⁸. La única *circunstancia* que consta en el expediente, es la alegación de HÜLS -no rebatida por las partes- de que la cuota de mercado español de los productos de STOCKHAUSEN no superaba el 5%. Podría pensarse que nuestro TDC adopta, al menos indirectamente, los criterios establecidos en la Comunicación de la Comisión de 1997, que permite excluir los acuerdos verticales en los que la cuota de mercado de las empresas participantes no supere el 10%. Sin embargo, esta conclusión es cuando menos apresurada si se confronta con la posición adoptada por el TDC en otros dos casos en los que hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 1.3 LDC.

Ciertamente, en el asunto *General Española de Librería*²⁹, el TDC sobreseyó un expediente en el que, entre otras cosas, apreció la existencia de un acuerdo de fijación de precios porque la cantidad que se había acordado cobrar era poco importante. En particular, el TDC declaró que había sido acreditada la existencia de un acuerdo entre la Sociedad General Española de Librería y la Asociación de Vendedores de Prensa de Murcia por el que se convino que se repercutiría a los vendedores determinada cantidad por el concepto de portes y otros servicios no plenamente identificados. A pesar de que este hecho podía ser contrario al artículo 1 LDC, “*la escasa trascendencia del conflicto surgido entre el denunciante y la denunciada (se trata de determinar si la denunciada puede o no repercutir una cantidad que asciende a 200 pesetas en cada factura) no afecta de manera significativa a la competencia y ... permite que (dicha conducta) no sea perseguida por los órganos de la competencia*”³⁰.

En esta línea, en el caso *Boletín GANVAM*³¹ el TDC declaró que no había restricción apreciable de la competencia en atención a la naturaleza de la práctica concertada realizada. En concreto, la conducta denunciada consistía en la incorporación a un Boletín estadístico trimestral de una asociación de vendedores de vehículos de motor, cuando no existían datos sobre precios de venta de vehículos usados, de los reflejados en el trimestre inmediato anterior de la misma marca, modelo y año de fabricación, de forma que, cuando no habían existido ventas en el primer trimestre del año, el precio estimado que aparecía reflejado en el boletín de ese trimestre coincidía con el precio estimado en el último semestre del mes anterior. El TDC consideró que procedía sobreseer el expediente dado que el resto de la información contenida en el boletín era conforme con su doctrina sobre los boletines de recomendación de precios³² y la conducta denunciada, aunque irregular, no era capaz de afectar de manera significativa a la competencia.

En definitiva, se hace patente el escaso acierto del legislador al establecer un sistema que no clarifica el régimen *antitrust* de las empresas que llegan a acuerdos poco importantes y que sólo permite, limitadamente, un ahorro de los trámites que deben seguir las autoridades de competencia. Tal vez hubiese sido una solución más sencilla derogar el artículo 3.2 d) LDC, de modo que nuestro TDC pudiese realizar una interpretación del artículo 1 LDC similar a la que lleva a cabo el TJCE en sede del artículo 85.1 TCE³³. De todas formas, mientras esta reforma no se lleve a cabo, creemos que

²⁸ Fundamento de Derecho nº 5.

²⁹ Resolución del TDC de 6 de noviembre de 1996, expte. r 179/96 - *General Española de Librería*, BICE 1996, nº 2524, pp. 60 y ss.

³⁰ Fundamento de Derecho nº 3.

³¹ Resolución del TDC de 12 de mayo de 1997, Auto Expte. 398/97 - *Boletín GANVAM*, BICE 1997, nº 2547, pp. 65 y ss.

³² Acerca de la doctrina del TDC sobre las recomendaciones de precios *vid.* QUNTÁNS EIRAS, “Las recomendaciones colectivas de precios en el Derecho bursátil y en el Derecho de la competencia (Comentario de la RTDC de 27 de noviembre de 1992)”, RDBB 1995, nº 58, pp. 487 y ss.

³³ *Vid.* COSTAS COMESAÑA, RGD 1997, nº 632, p. 561; y TOBÍO RIVAS, “El anteproyecto de Ley de defensa de la competencia”, ADI 1987-88, p. 626.

sería conveniente que el TDC realizase el enjuiciamiento *antitrust* de los acuerdos poco importantes de acuerdo con los criterios indicados por la Comisión en su Comunicación de 1997. En este sentido, es menester recordar que en la última Comunicación se ha eliminado el umbral del volumen de negocios -que no era aplicable directamente en el plano estatal- y se establece como criterio único la cuota de mercado que -dado su carácter relativo- es plenamente aplicable por nuestro TDC.