ADI 40 (2019-2020): 165-188

RESTRICCIONES DE LA COMPETENCIA POR EL OBJETO Y ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA: SUS POSIBLES INTERACCIONES A LA LUZ DE LA RECIENTE DOCTRINA DEL TJUE

RESTRICTIONS BY OBJECT AND MINOR IMPORTANCE AGREEMENTS: POSSIBLE CONNECTIONS IN LIGHT OF THE RECENT CJEU DOCTRINE

PEDRO MARIO GONZÁLEZ JIMÉNEZ*

RESUMEN

Este trabajo parte de analizar el concepto de restricción de la competencia por el objeto del artículo 101(1) TFUE, atendiendo especialmente a las conclusiones del Abogado General BOBEK en el caso Budapest Bank (C228/18) y a la sentencia del TJUE sobre este asunto. Seguidamente, estudia la conexión existente entre la noción de restricción por el objeto y los acuerdos de menor importancia. Con tal fin, expone tres interpretaciones sustentadas en los últimos pronunciamientos del TJUE en relación con ambas materias. En particular, plantea la posibilidad de aceptar que el carácter de minimis forme parte del análisis del contexto jurídico y económico que ha de realizarse para determinar si un acuerdo constituye o no una restricción por el objeto o por sus efectos. Finalmente, esboza las potenciales implicaciones que se derivan del análisis anterior para nuestra normativa nacional de defensa de la competencia.

Palabras clave: acuerdos colusorios, restricción de la competencia por su objeto, *hardcore restrictions,* contexto legal y económico, acuerdos de menor importancia, doctrina de *minimis*.

ABSTRACT

This paper starts from analyzing the concept of restriction of competition by object of article 101 (1) TFEU, paying particular attention to the conclusions of Advocate General Bobek in the Budapest Bank case (C228 / 18). Then, we study the connection between the notion of restrictions by object and minor importance agreements. With this purpose, it presents three different interpretations supported by the latest case law of the CJEU in relation to both issues. In particular, it suggests the possibility of accepting that the de minimis character forms part of

* Contratado FPU de la Universidad de Córdoba. Dirección de correo electrónico: *d12gojip@uco.es*.

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.

Fecha de recepción: 26 de marzo de 2020 // Fecha de aceptación: 25 de abril de 2020.

the legal and economic context analysis that must be carried out to determine whether or not an agreement constitutes a restriction by object or by its effects. Finally, it outlines the potential implications derived from the above analysis for our national competition law.

Keywords: anticompetitive agreements, restriction of competition by object, hardcore restrictions, legal and economic context, minor importance agreements, de minimis doctrine.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y PROPÓSITO.—II. LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA POR EL OBJETO.—1. La concepción tradicional: la «*object box*».—2. La concepción funcional: la «*more economic approach*».—3. La concepción bifásica: fase formal seguida de una fase contextual.—III. LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA.—1. El caso *Völk* y la indiferencia por el tipo de restricción en los acuerdos de *minimis*.—2. La exclusión de las *hardcore restrictions* de la salvaguarda de la Comunicación de *minimis*.—3. El caso *Expedia* y la exclusión de las restricciones por el objeto.—IV. LA INTERACCIÓN ENTRE RESTRICCIÓN POR EL OBJETO Y COMPORTAMIENTO *DE MINIMIS*: TRES POSIBLES INTERPRETACIONES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TJUE.—1. La revocación *obiter dictum* del caso *Völk*.—2. La compartimentación de un concepto amplio de restricción por el objeto y la presunción de apreciabilidad.—3. La apreciabilidad como contenido de la fase contextual.—V. IMPLICACIONES DE LAS INTERPRETACIONES SUGERIDAS PARA LA LEY Y EL REGLAMENTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. APPROACH AND PURPOSE.—II. THE RESTRICTION OF COMPETITION BY OBJECT.—1. The orthodox approach: The object box.—2. The case-by-case conception: The more economic approach.—3. The biphasic approach: the formal and the contextual phases.—III. THE MINOR IMPORTANCE AGREEMENTS.—1. The Völk case and the unconcern to the type of restriction refereed.—2. Exclusion of hardcore restrictions from the de minimis Communication.—3. The Expedia case and the exclusion of restrictions by the object.—IV. THE INTERACTION BETWEEN OBJECT RESTRICTION AND *DE MINIMIS* BEHAVIOR: THREE POSSIBLE INTERPRETATIONS IN LIGHT OF THE CJEU DOCTRINE.—1. The revocation obiter dictum of the Völk case.—2. Compartmentalization of a broad concept of restrictions by object and the presumption of appreciability.—3. Appreciability as a content of the contextual phase.—V. IMPLICATIONS OF THE SUGGESTED INTERPRETATIONS FOR THE SPANISH ANTITRUST LAW.—VI. BIBLIOGRAPHY.

I. PLANTEAMIENTO Y PROPÓSITO

En la actualidad, el Derecho europeo de la competencia trata de lidiar con los desafíos forjados al calor de la economía digital. Todo un elenco de innovaciones otrora inimaginables ha irrumpido en nuestra sociedad y ponen a prueba nuestra normativa en materia concurrencial. Hablamos, entre otros fenómenos, de plataformas digitales, algoritmos, inteligencia artificial o *big data*. Son, en suma, nuevos problemas que nos fascinan por ser capaces de desafiar a la norma jurídica. Se trata de las preocupaciones propias de nuestro tiempo. Las preguntas que marcan una época.

Sin embargo, más allá del atractivo de estas novedades, todavía hoy existen conceptos elementales del Derecho de la competencia que se nos presentan confusos. La innovación constante ha llamado nuestra atención en detrimento de las cuestiones clásicas. Los problemas surgidos a raíz de la tecnología disruptiva han eclipsado a aquellos otros que siguen rodeados de serios interrogantes, pese a haber sido abordados en más de una ocasión por las autoridades *antitrust*, la doctrina y la jurisprudencia.

Aunque tratar estas cuestiones no resulta tan emocionante como estudiar aquellas otras más novedosas, los juristas no podemos eludir esta obligación.

De hecho, es infructuoso intentar dar respuesta a interrogantes de nuevo cuño si no resolvemos antes aquellos otros que llevan un largo tiempo esperando. Al igual que pocas construcciones prosperan sin una base sólida, pocas soluciones jurídicas caben esperar sin unas nociones vertebradoras correctamente definidas. Es por ello que las cuestiones «clásicas» del Derecho de la competencia en torno a las cuales no existe consenso merecen nuestra atención. La pregunta que el escéptico debe formularse con vistas a averiguar si lo que aquí decimos es elocuente puede ser básicamente la siguiente: ¿cómo va a estar preparado nuestro Derecho para los algoritmos y el *big data* si todavía no tenemos del todo claro qué es una restricción de la competencia por el objeto o un acuerdo de menor importancia?

El concepto de restricción de la competencia por el objeto aparece en la propia prohibición de los pactos colusorios. Está presente, desde un primer momento, en el Tratado de Roma. Y, desde entonces, pervive hasta nuestros días. No obstante, la línea divisoria entre dicho concepto y el de restricción de la competencia por sus efectos sigue siendo una cuestión discutida y controvertida[1].

En rigor, se trata de acuerdos que por su propia naturaleza son dañinos para la competencia, al presentar un grado suficiente de lesividad para el bien jurídico protegido. Sin embargo, este criterio delimitador se ha mostrado insuficiente para definir el objeto restrictivo de la competencia. De hecho, no existe una enumeración definitiva de estos acuerdos, aunque a menudo son confundidos con figuras afines como las *hardcore restrictions*[2]. Además, es sabido que el examen derivado de la aplicación del artículo 101(1) TFUE no debe ser meramente abstracto, sino que ha de atender al contexto jurídico y económico del acuerdo en cuestión[3]. Pero esto sin llegar a realizar un análisis de los efectos anticompetitivos, porque de lo contrario la delimitación de la restricción por el objeto y por sus efectos del 101(1) TFEU carecería de sentido[4].

Por otro lado, los acuerdos de menor importancia encuentran su origen cincuenta años atrás, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Desde entonces se han sucedido diferentes Comunicaciones de la Comisión Europea encaminadas a delimitar estas conductas en aras de la seguridad jurídica[5]. Tanto es

[1] *Vid*., entre otros, Ibáñez Colomo, P. (2017), pág. 21; Bruzzone, G., y Capozzi, S. (2015), pág. 217; Loozen, E. (2010), pág. 148; Graham, C. (2013), págs. 542-543; Alvin Sng, Y. (2016), pág. 180 y Löwhagen, F. (2019).

[2] *Vid*. Vollering, S. (2018), págs. 66-69; Wahlin, M. C. (2014), págs. 329-343; Jones, A. (2010a), págs. 783-818, y Costas Comesaña, J. (2010), págs. 167-182.

[3] STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo Cosmetique* (C 439/ 09) y STJUE de 28 de abril de 1998, *Javico International* vs. *Yves Saint Laurent* (C 306/ 96). En esta dirección, *vid*. Ibáñez Colomo, P. (2019a) y (2019b).

[4] Graham, C. (2013), pág. 543 y «Opinión del Abogado General Wahl», de 27 de marzo de 2014, sobre el asunto *Cartes Bancaires* (C67/ 13), apdos. 40 y 148.

[5] Comunicación de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apdo 1 del artículo 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 Europe. (*DOCE* C 231, 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

así que actualmente la Comunicación ha canibalizado el concepto y pareciera como si no hubiese más doctrina *de minimis* que la allí conferida[6]. Lejos queda ya el debate acerca de si han de atender únicamente a criterios cuantitativos o también a otros de carácter cualitativo. En la actualidad, se presentan como una noción de nuestro Derecho de la competencia confinada a un papel residual, casi anecdótico, pese a estar estrechamente conectada con el principio de lesividad y proporcionalidad presente en cualquier orden sancionador.

Así, la incertidumbre en torno a las restricciones por su objeto y a su relación con el carácter apreciable de la restricción de la competencia resulta evidente. No en vano, en la sentencia del caso *Expedia* se considera que un acuerdo que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia[7]. Surgen con ello dos interrogantes a los que se prestará atención en este trabajo: 1.º) ¿Qué es entonces una restricción de la competencia por su objeto? Y 2.º) ¿qué quiso decir el TJUE cuando sostuvo que un acuerdo que tiene un objeto contrario a la competencia es una restricción sensible de la misma?

En respuesta a la primera pregunta, entendemos que una noción bastante acertada de restricción por el objeto es la ofrecida por el abogado general Bobek en las conclusiones del caso *Budapest Bank*[8]. No en vano, en ellas logra sintetizar y armonizar con solvencia los pronunciamientos dispares del TJUE[9]. Además, abraza una posición mixta que deja obsoletas tanto la aproximación ortodoxa como la funcional pura. Esta solución es más tarde recogida, sin ambigüedad, por el propio órgano jurisdiccional[10].

Por lo que respecta a la segunda pregunta, si bien se identifican hasta tres interpretaciones diferentes de la relación existente entre las restricciones de la competencia por el objeto y los acuerdos *de minimis*, mostramos especial interés por aquella que aboga por concebir la sensibilidad de la restricción de la competencia como contenido de la fase contextual. La preferencia por esta interpretación pivota en su respeto del espíritu tanto de la delimitación de la restricción por el objeto y por los efectos como de la doctrina *de minimis*. Ello, además, sin dar la espalda a los más que dispares pronunciamientos del TJUE en la materia.

Finalmente, reflexionamos brevemente sobre las implicaciones que la noción de restricción por el objeto apuntada y su interconexión con la doctrina *de minimis* tienen para la normativa española de defensa de la competencia. En particular, se sostiene la adecuación de la Ley de Defensa de la Competencia al planteamiento expuesto. Sin embargo, se pone de relieve la necesidad

---

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*DOCE* C 368/13, 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* C 291, de 30 de agosto de 2014).

[6] Este fenómeno, esto es, el hecho de que se otorgue más relevancia de la debida a las guías y Comunicaciones de la Comisión Europea, ha sido puesto de manifiesto por varios autores, entre otros, Kolstad, O. (2009), pág. 20, y Zelger, B. (2017), pág. 382.

[7] STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (C-226/11).

[8] Opinion del Abogado General Bobek en *Gazdasági Versenyhivatal* vs. *Budapest Bank Nyrt* (C 228/18), 5 de septiembre de 2019.

[9] Ibáñez Colomo, P. (2019c).

[10] STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18). *Vid*. Ibáñez Colomo, P. (2020).

de reformar el Reglamento de Defensa de la Competencia, concretamente sus artículos 2 y 3. El primero, esto es, el artículo 2, porque ninguna conducta está excluida *per se* de la doctrina *de minimis*. El segundo, el artículo 3, porque su contenido ya se encuentra recogido implícitamente en el artículo 1 de la Ley.

II. LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA POR EL OBJETO

Aclarados los propósitos de este trabajo, es ahora el momento de exponer (aunque con brevedad) las tres teorías vigentes sobre el concepto de restricción por el objeto. En primer lugar, la aproximación ortodoxa [*infra*, II.1]. En segundo lugar, la aproximación funcional [*infra*, II.2]. Por último, la posición mixta o híbrida, de la cual somos partidarios [*infra*, II.3]

1. La concepción tradicional: la *«Object Box»*

La representación de la restricción por el objeto como un comportamiento acoplado en una caja que reúne toda restricción de este tipo es bastante popular[11]. Esta presupone la existencia de una lista abstracta de acuerdos especialmente graves por su propia naturaleza que son considerados, precisamente por ello, restricciones de la competencia por su objeto[12]. En este elenco indeterminado encontramos, sobre todo, restricciones obvias, como las enumeradas en el propio artículo 101(1), pero también *hardcore restrictions* de las recogidas en los Reglamentos de Exención por Categorías o en las Comunicaciones y guías de la Comisión Europea[13].

Desde esta perspectiva, la distinción entre restricción de la competencia por el objeto y por sus efectos radica en la propia naturaleza perjudicial de la conducta[14]. Es, en cierto modo, una categorización fundamentada en el instinto, el cual nos dice que ciertas restricciones deben ser más serias que otras y que en ellas se presume la ilegalidad[15]. Presunción, además, que en la versión ortodoxa pura es irrefutable[16]. Sin embargo, algunos autores han señalado que, desde un prisma económico, todas las restricciones de la competencia la dañan de igual manera, esto es, mediante el establecimiento de unos mayores precios y/o una menor producción. Por este motivo, no es posible señalar que unas son más peligrosas que otras por su propia naturaleza sin pecar de cierta arbitrariedad[17].

Hay quienes, conscientes de la dificultad de emplear como estándar único la propia naturaleza de la restricción, han defendido que aquellas restricciones no obvias de la competencia deben disfrutar del beneficio de la duda en lugar de presumirse que son una restricción por el objeto[18]. Sostienen así, en definitiva, que solo se sancione como restricción por el objeto aquello que resulta obvio.

---

[11] Whish, R., y Bailey, D. (2019), pág. 122.

[12] King, S. (2011), pág. 272.

[13] *Ibid*, pág. 274.

[14] STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef Industry Development Society y Barry Brothers* (C 209/07), apdos. 15 y 17.

[15] Brankin, S. P. (2016), págs. 379-380. Lo que para Nagy convierte al concepto en una artillería desbocada (*vid*. Nagy, C. I. (2015), págs. 154-155).

[16] King, S. (2011), pág. 294.

[17] Brankin, S. P. (2016), pág. 379.

[18] Alvin Sing, Y. (2016), pág. 182, y Hernández Rodríguez, F. (2015), pág. 538.

Esta idea de la obviedad como estándar para definir qué es una restricción por el objeto ha sido formulada, de hecho, por el propio TJUE en *European Night*, donde el órgano jurisdiccional advierte que la categoría del objeto consiste en restricciones obvias de la competencia[19]. No obstante, este criterio recibe la misma crítica que la naturaleza de la restricción. No es un parámetro sustantivo por sí solo. Antes bien, es necesario especificar en qué casos una restricción de la competencia es obvia[20].

Por otro lado, como ha señalado VOLLERING, las *hardcore restrictions* hacen referencia a una lista negra de cláusulas contractuales que impiden beneficiarse de un Reglamento de Exención por Categorías al acuerdo que las contiene[21]. Para este autor, por tanto, restricción por el objeto y *hardcore restriction* son dos conceptos diferentes. Puede haber solapamiento, pero la clasificación de una cláusula como *hardcore* por sí sola no alivia a la autoridad concurrencial de la carga de la prueba[22]. Idea que ha sido apoyada por el TJUE cuando declaró que la clasificación de una cláusula como *hardcore* carece, por sí misma, de significado en el enjuiciamiento del artículo 101(1)[23].

Pese a las dudas expresadas, esta representación ortodoxa de la restricción de la competencia por el objeto ha sido acogida claramente por la Comisión Europea en sus Comunicaciones, guías y Reglamentos de Exención por Categorías. En concreto, la autoridad *antitrust* europea ha recurrido a la incorporación de listas negras para fijar su política, intentando a su vez que estas sean equiparadas a restricciones por el objeto[24]. De hecho, la Comisión no ha distinguido nítidamente la jurisprudencia del TJUE y su *modus operandi*, contribuyendo así a una mayor confusión acerca de la interpretación legal de restricción por el objeto[25].

Particularmente, la utilización por parte de la Comisión de esta aproximación ortodoxa ha supuesto, en algunos casos, que acuerdos cuya nocividad no es del todo obvia sean catalogados como restricciones por el objeto[26]. Si bien estas guías no perjudican lo que diga el TJUE, la detallada orientación de una autoridad de confianza, en combinación con la probabilidad de que las autoridades nacionales las sigan, hacen de ellas un auténtico manual para los prácticos del Derecho[27]. De ahí que a menudo el debate acerca del objeto contrario a la competencia se haya centrado en si tal o cual acuerdo debe formar parte de ese hipotético arcón[28].

Cierto es, con todo, que la «*object box approach*» presenta ciertos beneficios. En particular, es palpable que en virtud del mismo las restricciones por el

---

[19] STJUE de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* vs. Comisión (T 374 y 375/94).

[20] BRANKIN, S. P. (2016), págs. 380-381.

[21] VOLLERING, S. (2018), págs. 66-67.

[22] *Ibid*, págs. 66-69. También mantiene que equiparar *hardcore restrictions* y restricciones por el objeto es una cuestión muy polémica: COSTAS COMESAÑA (2010), págs. 170 y sigs. No obstante, WAHLIN afirma que no queda claro si el TJUE piensa así, o si por el contrario, está en la línea de lo sostenido por la Comisión Europea. (*Vid*. WAHLIN, M. C. (2014), págs. 341-343).

[23] STJUE de 28 de septiembre de 2006, *Brünsteiner and Authohaus Hilgert* vs. *BMW* (C 376 Y 377/05), STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo Cosmetique* (C 439/ 09) y STJUE de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios* (C 260/07).

[24] KING, S. (2011), págs. 269-270, y BAÑO FOS, J. M.ª. (2018), pág. 73.

[25] Algo que ha sido criticado por la doctrina. En particular, VELASCO SAN PEDRO, L. A. (2006), pág. 638.

[26] European Commission (2010), *Guidelines on verticals restrains*, apdos. 23 y 47. *Vid*. IBÁÑEZ COLOMO, P. (2018), págs. 141-142.

[27] VOLLERING, S. (2018), pág. 67.

[28] KING, S. (2011), pág. 270. Al respecto, MAHTANI defiende la necesidad de crear un concepto más sofisticado que el construido por la object box. *Vid*. MAHTANI, M. (2012), pág. 26.

objeto están claras y que ningún análisis de los efectos es requerido. Esto redunda en seguridad jurídica para las empresas, facilidad de prueba para las administraciones públicas y una mayor simplicidad en la aplicación del artículo 101(1) TFUE. Sin embargo, sus puntos débiles resultan tan evidentes como sus bondades[29]. No en vano, esta aproximación prescinde de cualquier elemento analítico o examen de los efectos reales del acuerdo. Consiste en un juicio abstracto, que en puridad, se aparta de la realidad y se acerca a un mundo probabilístico[30]. De este modo, el objeto contrario a la competencia pierde parte de su potencial para determinar en qué casos hay una restricción de la competencia, ya que renuncia a un uso flexible[31].

El TJUE, pese a los inconvenientes señalados, también ha manejado la aproximación ortodoxa en su vacilante labor de interpretación. En *Bureau National* vs. *Guy Clair*, por ejemplo, sostuvo que no es necesario tener en cuenta los efectos reales de un acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia[32]. De ahí que considerara que un acuerdo de fijación de precios es, por su propia naturaleza, una restricción de la competencia[33]. Sin embargo, quizás el caso más claro de utilización de la *object box* por parte del TJUE ha sido *Tréfilunion*, al afirmar en el órgano jurisdiccional que la fijación de precios en un *harcore cartel* es una infracción clara de la competencia que necesariamente evita la aplicación de la *rule of reason,* ya que ha de ser reputada como una prohibición *per se* de las normas de competencia[34].

Esta referencia improcedente al Derecho *antitrust* norteamericano[35] podría llevarnos a pensar que restricción por el objeto y prohibición *per se* son conceptos prácticamente sinónimos y que la única diferencia está en la posible pero improbable excepción del artículo 101(3) TFEU[36]. Sin embargo, lo cierto es que el artículo 101(3) TFUE es mucho menos flexible que el artículo 101(1) TFUE[37]. Además, hay autores que han apuntado que, en la práctica, el Derecho estadounidense también permite justificar prohibiciones *per se* de manera similar al artículo 101(3)[38]. Al respecto, huelga decir que la interpretación que los tribunales estadounidenses han hecho de la *per se rule* ha sido más restrictiva que la efectuada por el TJUE de la restricción por el objeto. De ahí que sea necesario aclarar aquellas circunstancias que la separan de la regla *per se* si no queremos que exista apariencia de similitud[39]. No en vano, incluso hoy puede concebirse la restricción por el objeto como un listado no exhaustivo que, gracias a pronunciamientos como *Expedia* o *Allianz,* permite a las Autoridades Nacionales de la Competencia interpretar el concepto de forma amplísima[40].

---

[29] Para una breve y nítida crítica a la «*object box approach*», *vid*. Ibáñez Colomo, P. (2019b).

[30] Zelger, B. (2017), pág. 373.

[31] King, S. (2011), pág. 274, y Hernández Rodríguez, F. (2015), pág. 538.

[32] STJUE de 30 de enero de 1985, *Bureau National Interprofessional Du Cognac* vs. *Guy Clair* (C 123/83).

[33] Algo que luego se ha matizado, como bien ha señalado Ibáñez Colomo, P. (2019a).

[34] STJUE de 6 de abril de 1995, *Tréfilunion* (C 148/89).

[35] Baño Fos, J. M.ª (2018), pág. 53.

[36] Abogado General Wahl en sus conclusiones, de 27 de marzo de 2014, sobre el asunto *Cartes Bancaires* (C67/ 13), y Bonfield, L. *et al*. (2018), págs. 450-453.

[37] Bruzzone, G., y Capozzi, S. (2015), págs. 222-223.

[38] Brankin, S. P. (2016), pág. 380. El autor cita las *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* de abril del 2000.

[39] Jones, A. (2010b), pág. 676.

[40] Graham, C. (2013), pág. 543. STJUE de 14 de marzo de 2011, *Allianz Hungría* (C-32/11) y STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (C-226/11).

En resumidas cuentas, la aproximación ortodoxa pura encuentra un obstáculo insalvable para ser la propuesta interpretativa más satisfactoria: no permite explicar las anomalías propias de los pronunciamientos en los que una restricción obvia o *hardcore* de la competencia (y por tanto, sita en la *object box*) no es reputada como una restricción por el objeto, sino como una restricción por el efecto o incluso como un acuerdo que cae fuera del ámbito del artículo 101(1) TFUE[41].

2. La concepción funcional: la «*more economic approach*»

La aproximación ortodoxa pronto da paso a un acercamiento a las normas de la competencia de carácter más económico. Conforme a él, tiene cabida un análisis más casuístico, esto es, más respetuoso con la particularidad de cada caso[42].

El primer precedente en el cual el TJUE recurrió a esta postura más dinámica y menos formalista se encuentra en *Société Technique Minière*[43]. En esta sentencia el juzgador afirma que la competencia debe ser entendida dentro del contexto actual en que se lleva a cabo el acuerdo en disputa. Este contexto, a su vez, atiende a la naturaleza y cantidad afectada de los productos cubiertos por el acuerdo, a la posición e importancia del distribuidor y productor en el mercado relevante y a la posición del acuerdo respecto de otros conexos. Además, se pone de manifiesto que, examinadas las consecuencias del acuerdo, estas deben justificar la conclusión de que la competencia queda restringida en una extensión suficientemente apreciable. Esto, como resulta evidente, es incompatible con una concepción formalista pura de la restricción de la competencia por el objeto[44].

Este planteamiento, lejos de ser una excepción, es bastante frecuente en los diversos pronunciamientos del TJUE. De hecho, hay quien mantiene que cuenta con un mayor soporte jurisprudencial que la aproximación ortodoxa[45]. En todo caso, no cabe duda de que posee una amplia tradición[46]. Tanto es así que resulta difícil sostener que en la actualidad está vigente una posición ortodoxa pura.

---

[41] King, S. (2011), pág. 275, el cual cita la solución dada por la Comisión Europea en *Visa International* como ejemplo. También Bailey, D. (2012), pág. 584, quien cita al efecto la STJUE de 19 de abril de 1988, *Erauw-jacquery* (C 27/87). No obstante, hay casos en los que la Comisión Europea mantiene una visión diferente al caso *Visa Internacional*. *Vid*. Mahtani, M. (2012), pág. 17, quien cita el caso *Reims II*. Sin embargo, en opinión de este autor las aparentes contradicciones han de ser vistas como una purificación de la categoría del objeto entendida como la *object box (*págs. 18 y sigs.).

[42] La introducción del contexto jurídico y económico ha sido vista por algunos autores como un equivalente a la *quick look* norteamericana, esto es, como un análisis de los efectos simplificados en ciertos casos que no son claras restricciones por el objeto. *Vid*. Mahtani, M. (2012), pág. 17, y Jones, A. (2010b), pág. 664.

[43] STJUE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière* (C 56/65).

[44] En este sentido, se ha mantenido que la estructura del mercado, la existencia de canales de distribución alternativos y el poder de las compañías son las consideraciones necesarias para ver si un acuerdo es una restricción por el objeto. Ello apunta a una investigación económica y jurídica más amplia que la existente en la aproximación ortodoxa. Parece así existir una contradicción con uno de los mayores atractivos de la distinción entre restricción por el objeto y por los efectos, el cual es facilitar la tarea a la autoridad antitrust por no exigir un análisis profundo o factual. (*Vid*. Graham, C. (2013), pág. 547).

[45] Alvin Sing, Y. (2016), pág. 180, King, S. (2011), pág. 294, e Ibáñez Colomo, P. (2019a).

[46] Entre otras, *vid*. STJUE de 1 de febrero de 1978, *Miller International Schallplatten* vs. *Comisión* (C 19/77), apdo. 7; STJUE de de 28 de marzo de 1984, *Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink* vs. *Comisión* (C 29/83 y 30/83), apdo. 26; STJUE de 6 de abril de 2006, *General Motors* vs. *Comisión* (C 551/03), apdo. 66; STJUE de 27 de septiembre de 2006, *GlaxoSmithKline* (T 168/01) y STJUE 30 de enero de 2020, *Generics* (C 307/18), apdos. 39, 82 y 103.

Sin embargo, esta aproximación más económica a los acuerdos colusorios tampoco resulta fácil de aceptar. Esto se debe, especialmente, a que el TJUE no desecha el enfoque analizado con anterioridad. Por el contrario, a menudo sigue empleando expresiones como «grado suficiente de lesividad» o «por su propia naturaleza» en sus pronunciamientos más casuísticos. Tal proceder, suscita una pregunta fundamental: ¿Se trata de un enfoque alternativo para determinar la presencia de una restricción por el objeto o, por el contrario, de un requisito adicional en el examen del objeto anticompetitivo?

En el primer caso, esto es, que se trate de un enfoque alternativo, cabe determinar que un acuerdo es una restricción por el objeto por dos vías[47]: 1.º) la aproximación ortodoxa, es decir, que se considere una restricción de las que por regla general tienen efectos negativos y que por ello se presume *iure et de iure* que es una restricción por el objeto. 2.º) una aproximación casuística, que presupone que el comportamiento no se encuentra entre aquellos que por su propia naturaleza son negativos para la competencia, pero que, sin embargo, debido a su contexto legal y económico, puede reputarse una restricción por el objeto. Huelga decir que así entendida la aproximación más económica ensancha la «caja», en la medida que permite, en última instancia, que un mayor número de acuerdos tengan cabida en aquella[48]. Así se infiere, de hecho, de la sentencia del caso *Allianz Hungría*, la cual recibió duras críticas por parte de la doctrina[49].

En el segundo supuesto, esto es, cuando el contexto jurídico y económico funciona como un presupuesto adicional, para concluir que un acuerdo constituye una restricción de la competencia por su objeto se atenderá igualmente a la propia naturaleza de la práctica y a su grado suficiente de lesividad[50]. No obstante, el hecho de pertenecer a la categoría de conductas insertadas dentro de la *object box* no determina que el acuerdo concreto haya de ser reputado una restricción por el objeto. Tan solo implica una presunción que ha de rechazarse o confirmarse a raíz del examen del contexto jurídico y económico[51]. Con ello, el principal defecto de la aproximación ortodoxa, que es el prescindir de cualquier elemento analítico, queda compensado. De esta forma, la caja que esconde las restricciones por el objeto sigue existiendo pero reducida, puesto que ha de ser interpretada de forma restrictiva, en el sentido de que del análisis del contexto no se deben desprender dudas acerca del carácter de la

[47] En esta línea se expresa Loozen, E. (2010), págs. 148-149.

[48] Así parece deducirse de la opinión del Abogado General Villalón, de 25 de octubre de 2012, sobre el asunto *Allianz Hungría* (C32/11). En contra, *vid*. Bruzzone, G., y Capozzi, S. (2015), pág. 224.

[49] STJUE de 14 de marzo de 201, *Allianz Hungría* (C-32/11). Entre las críticas, podemos señalar, entre otros: Nagy, C. I. (2015), págs. 154-159; Graham, C. (2013), pág. 547 (el cual defiende que en este caso el TJUE establece una especie de *quick look* europea que, en todo caso, no ayuda a la seguridad jurídica, puesto que parece sugerir una nueva aproximación a las restricciones por el objeto); Zelger, B. (2017), págs. 374-375, y Löwhagen, F. (2019), quien afirma que la ambigüedad del razonamiento llevó a algunas autoridades nacionales de la competencia a invocar el asunto para calificar casi cualquier tipo de conducta como una restricción de la competencia por el objeto.

[50] *Vid*, entre otras, STJUE de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League* (C 403 y 429/ 08) y STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo Cosmetique* (C 439/ 09) y la STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18).

[51] En esta línea claramente estaría el Abogado General Wahl en sus conclusiones, de 27 de marzo de 2014, sobre el asunto *Cartes Bancaires* (C67/ 13), apdos. 44 y sigs. y la STJUE de 27 de septiembre de 2006, *GlaxoSmithKline* (T 168/01). También en esta dirección se muestra King, S. (2011), págs. 294-295, Kolstad, O. (2009), pág. 5; Ibáñez Colomo, P., y Lamadrid, A. (2017), págs. 353-354, y la STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18).

restricción[52]. Este planteamiento, en concreto, ha sido seguido por el TJUE en las sentencias *Cartes Bancaires* y *Maxima Latvija*, ambas aplaudidas por la doctrina[53].

En efecto, en *Cartes Bancaires* el TJUE asegura que para determinar el grado suficiente de lesividad debe atenderse al contenido, los objetivos y al contexto. No obstante, el concepto de restricción por el objeto debe interpretarse de forma restrictiva[54]. El contexto, por tanto, es otro requisito más del análisis de la restricción por el objeto y no un enfoque alternativo. Así, el TJUE desplaza el núcleo de la justificación desde una calificación formal hacia una consideración más conforme con los principios del Derecho sancionador, en particular, con el principio de antijuridicidad material[55]. Se explica así la interpretación restringente, ya que la restricción por el objeto es una conducta *antitrust* de peligro que anticipa el carácter antijurídico a la mera puesta en peligro del bien jurídico y no a la lesión efectiva[56].

En puridad, de estar conformes con la postura anterior, estaríamos aceptando una postura o aproximación mixta[57]. No en vano, esta es la que parece que predomina en la actualidad, tal como se pone de manifiesto en *Budapest Bank*[58]. Sin embargo, se observa cómo la incorporación del *more economic approach* al artículo 101(1) TFUE no soluciona por sí misma el problema que rodea a la interpretación que ha de hacerse del concepto de restricción por el objeto. Antes bien, los interrogantes persisten: ¿cómo es posible saber si una restricción forma parte de la *object box*?, ¿dónde acaba el análisis del contexto jurídico y económico y comienza el examen de los efectos?, ¿qué utilidad tienen entonces las listas negras elaboradas por la Comisión?, etcétera.

3. La concepción bifásica: fase formal seguida de una fase contextual

La sentencia del asunto *Cartes Bancaires* supuso un avance en la comprensión del concepto de restricción por el objeto del artículo 101(1) TFUE[59]. En efecto, la labor realizada por doctrina y jurisprudencia ha dado sus frutos y nos encontramos hoy en una posición más ventajosa que antaño para dar respuesta a los interrogantes que todavía perduran. A este respecto, parece que el Abogado General Bobek ha recogido el guante y ha aceptado el desafío, como ponen de

[52] Opinión del Abogado General Villalón, de 25 de octubre de 2012, sobre el asunto *Allianz Hungría* (C32/11), apdo. 65.

[53] STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (C-67/13) y STJUE de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija* (C-345/14). En el blog Almacén de Derecho, se pueden encontrar dos comentarios breves que en línea generales exponen con solvencia las implicaciones y bondades de estos pronunciamientos. *Vid*. Alfaro Águila-Real, J., y Baño Fos, J. M. (2016), y Alfaro Águila-Real, J. (2016).

[54] STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (C-67/13).

[55] Alfaro Águila-Real, J., y Baño Fos, J. M. (2016), y Baño Fos, J. M.ª (2018), págs. 133-135.

[56] Alfaro Águila-Real, J., y Baño Fos, J. M. (2016).

[57] Así se deduce de la opinión del Abogado General Wahl, de 27 de marzo de 2014, sobre el asunto *Cartes Bancaires* (C67/ 13), apdo. 56: «únicamente habrán de considerarse restrictivos de la competencia por el objeto los comportamientos cuyo carácter perjudicial, según la experiencia y el conocimiento económico, esté comprobado y sea fácilmente detectable, pero no los acuerdos que, a la vista del contexto en el que se inscriben, presenten efectos ambivalentes en el mercado o que puedan tener efectos restrictivos accesorios necesarios para lograr un objetivo principal no restrictivo de la competencia». También ha puesto de manifiesto esta visión híbrida la doctrina. *Vid*. King, S. (2015), pág. 3.

[58] STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18).

[59] STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (C-67/13).

relieve sus conclusiones en *Budapest Bank*, las cuales tratan de facilitar la forma en la que ha de realizarse el examen que tenga por propósito discernir si nos encontramos ante una restricción por el objeto o no[60].

Para tratar de salvar el uso conjunto de las aproximaciones ortodoxa y funcional a las que acabamos de referirnos en los epígrafes precedentes, BOBEK, tras revisar la jurisprudencia del TJUE, intenta armonizar los dispares pronunciamientos a través del diseño de un análisis en dos fases[61]:

— 1.ª) La primera evaluación del acuerdo que ha de realizarse tiene un carácter formal. En ella se analiza el contenido y los objetivos del acuerdo con la finalidad de discernir si es dañino para la competencia por su propia naturaleza o presenta un grado suficiente de lesividad para la misma. Este examen, además, exige que la conducta sea fácilmente catalogada como una restricción peligrosa para la competencia y que esta circunstancia cuente con el respaldo de una experiencia sólida y fiable.

— 2.ª) Tras la primera fase, ha de llevarse a cabo otra que consiste en analizar el contexto jurídico y económico. El acuerdo, recomendación o práctica hasta este momento es solo aparentemente anticoncurrencial. Este análisis casuístico sirve, por tanto, para verificar o descartar el carácter anticompetitivo por el objeto, pero nunca como un motivo autónomo para considerar que el acuerdo pertenece a esta categoría[62].

Para entender la funcionalidad de la segunda fase, BOBEK se preocupa especialmente de diferenciarla del análisis de los efectos[63]. Al respecto, considera que la autoridad que aplique el artículo 101(1) TFUE debe comprobar que no se dan *circunstancias concretas* que puedan arrojar dudas sobre la presunta naturaleza dañina del acuerdo. Constituye, esencialmente, un *examen básico de la realidad*. Simplemente exige al defensor de la competencia comprobar, con carácter ciertamente general, si se dan circunstancias que impidan al acuerdo en cuestión restringir la competencia. Así, la diferencia entre lo uno y lo otro, en definitiva, es más cuantitativa que cualitativa, según el Abogado General.

Estas conclusiones del Abogado General han de ser aplaudidas[64]. Nuestra valoración positiva se debe, principalmente, a cuatro factores[65]: 1.º) Consigue ordenar la mayoría de pronunciamientos relevantes del TJUE en materia de restricciones por el objeto. 2.º) Es una visión híbrida respetuosa con los dos enfoques existentes con anterioridad a su formulación, pero que, sin embargo, logra salvar las críticas realizadas a uno y otro. 3.º) Explica cómo ha de realizarse la aproximación ortodoxa al concepto, toda vez que detalla cómo ha de llevarse a cabo la fase formalista. 4.º) En la fase contextual esclarece cómo debe abordarse el análisis del contexto jurídico y económico y dónde está la frontera con el examen de

[60] Opinión del Abogado General BOBEK en *Gazdasági Versenyhivatal* vs. *Budapest Bank Nyrt* (C-228/18), 5 de septiembre de 2019.

[61] Opinión del Abogado General BOBEK en *Gazdasági Versenyhivatal* vs. *Budapest Bank Nyrt* (C-228/18), 5 de septiembre de 2019, apdos. 41, 42, 43 y 82. Sin embargo, cabe destacar que un planeamiento muy parecido ya fue recomendado por KOLSTAD hace diez años. *Vid*. KOLSTAD, O. (2009), pág. 56. También MAHTANI, M. (2012), págs. 11 y sigs.

[62] LÖWHAGEN, F. (2019).

[63] Opinión del Abogado General BOBEK en *Gazdasági Versenyhivatal* vs. *Budapest Bank Nyrt* (C-228/18), 5 de septiembre de 2019, apdos. 48, 49 y 50.

[64] No compartimos, sin embargo, que la restricción por el objeto y por el efecto no sean ontológicamente diferentes y que la diferencia sea estrictamente procesal.

[65] Algunos de ellos compartidos por IBÁÑEZ COLOMO, P. (2019c).

los efectos. Todas estas razones nos llevan, en suma, a concluir que la perspectiva bifásica de la restricción por el objeto, tal como la concibe el Abogado General, ha de ser la manera de interpretar este concepto de ahora en adelante.

De esta misma opinión es, según parece, el TJUE. No en vano, de su sentencia de 2 de abril de 2020 se desprende que el órgano jurisdiccional acoge la interpretación de BOBEK de una forma que deja poco espacio para la duda[66]. Por un lado, asegura que el concepto de restricción por el objeto se ha de interpretar de manera restrictiva sobre la base de un grado de nocividad suficiente para la competencia, apoyándose siempre en un acervo sólido y fiable de experiencia[67]. Por otro, confirma la importancia que tiene el contexto jurídico y económico como parte ineludible del examen encaminado a discernir si una restricción merece o no categorizarse como restrictiva objeto[68]. Por todo ello, no ha faltado quien no ha dudado en señalar —a nuestro juicio, de forma acertada y pertinente— que con este pronunciamiento todas las piezas «se han puesto en su sitio», al haberse disipado las dudas existentes sobre el concepto de restricción de la competencia[69]. Apreciación esta con la que no podemos estar más de acuerdo.

III. LOS ACUERDOS DE MENOR IMPORTANCIA

Pasamos ahora a exponer la percepción que ha existido de la sensibilidad en la restricción de la competencia por el objeto desde que surge la doctrina *de minimis* [*infra*, 3.1] hasta el último pronunciamiento del TJUE en el caso *Expedia* [*infra*, 3.3], pasando por el punto intermedio que supusieron las Comunicaciones sobre acuerdos de menor importancia de 1997 y 2001 [*infra*, 3.2].

1. EL CASO *VÖLK* Y LA INDIFERENCIA POR EL TIPO DE RESTRICCIÓN EN LOS ACUERDOS *DE MINIMIS*

La doctrina *de minimis* se aplicó por primera vez en el caso *Völk*, relativo a un contrato de distribución en exclusiva que contaba con una cláusula de protección territorial absoluta[70]. Esta estipulación contractual ha sido considerada generalmente como una restricción que por su propia naturaleza es lesiva para la competencia, esto es, como una restricción por su objeto.

Con anterioridad a este pronunciamiento el TJUE había tenido un primer acercamiento a las protecciones territoriales absolutas en el caso *Consten*[71]. En él afirmó que no es necesario analizar los efectos anticompetitivos de un acuerdo cuando fuera manifiesto su objeto anticompetitivo. Sin embargo, el TJUE

[66] STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18). *Vid*. IBÁÑEZ COLOMO, P. (2020).

[67] STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18), apdos. 54, 76 y 78. En particular, en el apdo. 76 incluso se alude directamente a los apdos. 54, 63 y 73 de las conclusiones del Abogado General BOBEK, por lo que la sintonía entre la interpretación de aquel y del TJUE es innegable.

[68] STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18), apdos. 51, 68, 80, 85 y 86.

[69] IBÁÑEZ COLOMO, P. (2020).

[70] STJUE 9 de julio de 1969, *Franz Völk* vs. *SPRL ETs J. Vervaecke* (C 5/69).

[71] STJUE 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig* vs. *Comisión* (C 56 y 58/64). Recoge la crítica sobre este pronunciamiento (llamado por parte de la doctrina como el pecado original) y realiza un comentario que compartimos BAÑO FOS, J. M.ª (2018), págs. 65-66. En particular, coincidimos con el autor en que el principal problema de esta sentencia ha sido que posteriormente se ha aplicado sin tener en cuenta las circunstancias particulares que la rodeaban.

matiza esta apreciación en el caso *Völk*[72]. Tanto es así que se ha afirmado que «la doctrina *Völk* es la expresión de un cambio de orientación en la interpretación, por parte del Tribunal de Justicia, de las condiciones de prohibición del artículo 85 (actual art. 101 TFUE), en concreto de las palabras objeto o efecto»[73]. Esto es debido a que en él admite la posibilidad de que un acuerdo que incluye una protección territorial absoluta pueda quedar excluido del artículo 101(1) TFUE en atención a sus efectos inapreciables o su carácter de menor importancia, a pesar de tratarse de una restricción por el objeto[74].

En efecto, en esta resolución el TJUE repara en la escasa posición en el mercado relevante de las empresas implicadas. Merced a este dato, esgrime que el acuerdo enjuiciado no puede afectar a la competencia y al comercio entre los Estados miembros de forma sensible. Lo que le lleva a dejarlo fuera de la prohibición del artículo 101(1) TFUE. Y esto con independencia de que se trate de una restricción por el objeto o por sus efectos.

En consonancia con *Völk*, la primera Comunicación sobre acuerdos de menor importancia tampoco diferenció en su aplicación entre los distintos tipos de restricciones. Cabe así afirmar que en origen el tratamiento de la sensibilidad de las restricciones de la competencia por su objeto y por sus efectos fue idéntico.

2. La exclusión de las *hardcore restrictions* de la salvaguarda de la Comunicación *de minimis*

La Comisión Europea en sus guías, Comunicaciones y Reglamentos de Exención por Categorías ha mostrado su recelo hacia ciertos comportamientos. Su política ha sido clara a la hora de excluir a este elenco de conductas de todo aquello que pueda posibilitar la no aplicación del artículo 101(1) TFUE. De ahí que haya mantenido en el tiempo una postura bastante dura hacia estas restricciones *hardcore*.

En este contexto, la percepción del carácter de la menor importancia de una restricción cambia sustancialmente con la Comunicación *de minimis* de 1997[75]. En ella la Comisión plasma su política relativa a ciertas conductas consideradas especialmente graves o peligrosas. No en vano, en el punto 11 de dicha Comunicación se encuentra una lista negra de acuerdos que no disfrutan de la salva-

[72] Opinión del Abogado General Gand, de 3 de junio de 1969, sobre el asunto *Völk* (C 5/69). En su opinión del caso *Völk*, el Abogado General Joseph Gand interpreta el caso *STM* y el caso *Consten* de una forma que requiere atención cincuenta años después. Básicamente afirma que el con una protección territorial absoluta no cae dentro del artículo 101(1) TFEU necesariamente. Esto es debido a que si bien el TJUE dice en Consten que no hay necesidad de tomar en consideración los efectos concretos del acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia, no es menos cierto que el alcance de esa declaración tiene que ser limitado. De acuerdo con *STM* incluso en la restricción por el objeto debe considerarse el contexto económico en que se va a aplicar. La aplicación del 101 requiere que se revele un «grado suficiente de nocividad», lo que conecta con que la restricción sea apreciable. Así, para Bonfield el Abogado General refleja una posición económica de influencia norteamericana, merced a la cual insta al tribunal a tener en consideración el poder de mercado del manufacturero y distinguir entre el que controla una parte relativamente importante del mercado y aquel que tiene una posición muy débil. *Vid*. Bonfield, L. *et al*. (2018), págs. 448-449.

[73] Bello Martín-Crespo, M. P. (1999), pág. 44.

[74] Según King, este pronunciamiento pone de manifiesto que siempre se requiere un cierto análisis de mercado. *Vid*. King, S. (2011), pág. 275.

[75] 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).

guarda *de minimis*. De hecho, se ha puesto de manifiesto que precisamente es esta Comunicación el primer intento de la Comisión de equiparar una lista negra de cláusulas con posibles infracciones de la competencia[76]. Esta apreciación, además, fue reiterada en una versión posterior de 2001, contribuyendo así a la percepción de que existen conductas (como la fijación de precios o el reparto del mercado) que han de ser equiparadas en la práctica con restricciones *per se* de la competencia, cuya única válvula de escape es la improbable aplicación del artículo 101(3) TFUE[77].

3. El caso *Expedia* y la exclusión de las restricciones por el objeto

La relación entre las restricciones por el objeto y los acuerdos de menor importancia da un nuevo giro con la sentencia del caso *Expedia*[78]. En este asunto el TJUE afirma que «un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia». Esta afirmación causa cierta sorpresa a la vista de los dos datos siguientes: 1.º) En este caso no se planteó cuestión prejudicial sobre ese menester, sino que tan solo se preguntó por la aplicabilidad y vinculación de la Comunicación de la Comisión para los Estados miembros. 2.º) A simple vista, es una aseveración que contradice todo un elenco de pronunciamientos anteriores, entre los que se encuentra el propio caso *Völk*, génesis de la doctrina de la apreciabilidad de la restricción de la competencia.

De lo expuesto se desprende que el TJUE, en principio, adopta la aproximación ortodoxa del concepto de restricción por el objeto en este pronunciamiento. En teoría, el órgano jurisdiccional aprovecha para expandir las excepciones a la salvaguarda *de minimis,* ampliando las conductas que quedan excluidas de ella. Y es que de rechazar los acuerdos que aparecen en lista negra de las Comunicaciones *de minimis* de 1997 y 2001, pasamos a expulsar de la doctrina *de minimis* a toda restricción de la competencia por el objeto[79]. Como era de esperar, esto fue recogido por la Comisión Europea en su (por el momento) última Comunicación de acuerdos de menor importancia del año 2014[80].

Las implicaciones de la sentencia del caso *Expedia*, sin embargo, no están claras en absoluto. Por un lado, la cercanía en el tiempo entre el caso *Expedia* y el asunto *Allianz Hungría* nos lleva a pensar que lo expuesto en el párrafo ante-

---

[76] Vollering, S. (2018), págs. 66-69.

[77] Esto es discutido por Bailey, quien dice que la lista del apartado 11 es dudosa salvo que sea vista simplemente como una guía de aquellas circunstancias en las que la Comisión Europea no interviene. *Vid*. Bailey, D. (2012), pág. 592.

[78] STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (C-226/11).

[79] Conforme con esta interpretación Ibáñez Colomo, P., y Lamadrid, A. (2017), págs. 353-354, pág. 352 y (2018), págs. 92-93. Sin embargo, Bailey considera que la doctrina *de minimis* no puede ser vista como una prueba de los efectos reales porque si no se destruye la distinción entre efecto y objeto. Con todo, tampoco se puede decir que todas las restricciones por el objeto son directamente apreciables, porque eso deja prácticamente sin efecto la doctrina de la menor importancia. *Vid*. Bailey, D. (2012), pág. 590.

[80] 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* C 291, de 30 de agosto de 2014). Esta Comunicación es duramente criticada por seguir la estela del caso *Allianz Hungría* y privar de un valor práctico considerable la salvaguarda *de minimis* y la seguridad jurídica que la misma implica. *Vid*. Nagy, C. I. (2015), *passim*.

rior era lo que el TJUE tenía en mente en el momento de dictar sentencia[81]. Pero por otro, dada la matización que realizó el TJUE en *Cartes Bancaires* y recientemente en *Generics*, cabe la posibilidad de que esa interpretación prácticamente literal de las palabras del órgano jurisdiccional en *Expedia* sea incorrecta[82].

Por el contrario, si el examen de la restricción por el objeto consta de dos fases, de las cuales la segunda atiende al contexto jurídico y económico, puede entenderse que, a tenor de lo expuesto en *Expedia*, es posible atender a la apreciabilidad de la conducta incluso en los supuestos de acuerdos recogidos en la lista negra del punto 11 de la Comunicación *de minimis* de 1997 y 2001, siempre que se analice su contexto. De esta forma, el TJUE, lejos de compartir o reforzar la postura formalista de la Comisión, interpretaría el artículo 101 TFUE en una dirección opuesta incluso en este pronunciamiento. No en vano, esto es lo que se deduce cuando el órgano jurisdiccional lo cita en el caso *Generics* para recordar que la restricción de la competencia tiene que ser sensible, sea esta por el objeto o por el efecto[83].

Como acaba de indicarse, la interpretación conjunta de la solución ofrecida en el caso *Expedia* y aquella otra del asunto *Cartes Bancaires* es una tarea complicada. Sin embargo, es un ejercicio necesario, puesto que la interacción entre la restricción de la competencia por el objeto y los acuerdos de menor importancia es imprescindible para comprender el alcance del artículo 101(1) TFUE. A ello dedicamos el apartado siguiente.

IV. LA INTERACCIÓN ENTRE RESTRICCIÓN POR EL OBJETO Y COMPORTAMIENTO *DE MINIMIS*: TRES POSIBLES INTERPRETACIONES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TJUE

La interacción entre la restricción por el objeto y la doctrina *de minimis* es una cuestión compleja que se ha de tener en consideración, esencialmente, las sentencias de los asuntos *Völk*, *Expedia* y *Cartes Bancaires*[84]. Del estudio conjunto de estos tres casos y otros similares se evidencian que existen al menos tres interpretaciones posibles, cada una de las cuales tiene diferentes implicaciones para el Derecho de la competencia: la revocación *obiter dictum* del caso *Völk* [*infra*, IV.1], la compartimentación de un concepto amplio de restricción por el objeto y la presunción de apreciabilidad [*infra*, IV.2] y la apreciabilidad dentro de la fase contextual [*infra*, IV.3].

1. La revocación *obiter dictum* del caso *Völk*

La opción más simple estriba en entender que la doctrina del caso *Völk* ha sido revocada de manera implícita[85]. Como sabemos, en virtud de esta jurisprudencia una restricción que por su propia naturaleza es lesiva para la com-

[81] Bonfield, L. *et al*. (2018), págs. 452-453. King de hecho nos avisa de que así ha sido entendido con carácter general por los prácticos del derecho, *vid*. King, S. (2015), pág. 12. También hay doctrina en ese sentido, *vid*. Akman, P. (2013).

[82] Bruzzone, G., y Capozzi, S. (2015), págs. 230-231, y Jones, A., y Sufrin, B. (2011), pág. 176. Referencias citadas: STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Cartes Bancaires* (C-67/13) y STJUE 30 de enero de 2020, *Generics* (C 307/18).

[83] STJUE 30 de enero de 2020, *Generics* (C 307/18), apdos. 31 y 62.

[84] Citadas anteriormente.

[85] Ibáñez Colomo, P. (2018), págs. 92-93. En contra, *vid*. Bruzzone, G., y Capozzi, S. (2015), pág. 169.

petencia (en particular, una protección territorial absoluta) puede revestir, sin embargo, un carácter insignificante desde la perspectiva del Derecho *antitrust* atendiendo a la débil posición de las empresas autoras de la conducta restrictiva. No obstante, *Expedia* puede interpretarse en el sentido de que deja confinada esta doctrina tan solo a las restricciones de la competencia por los efectos. La motivación para este cambio puede ser doble: 1.º) Con ella el TJUE alinea su interpretación del artículo 101(1) TFUE con la de la Comisión Europea, que es especialmente beligerante con ciertas conductas consideradas particularmente peligrosas. 2.º) Merced a este nuevo enfoque, el TJUE es coherente con parte de su propia doctrina, según la cual en las restricciones por el objeto no es necesario examinar los efectos concretos[86].

Esta postura, empero, presenta el inconveniente de proscribir conductas con un carácter insignificante para la competencia[87]. De esta forma, cuando se concluye que un acuerdo reviste, *en abstracto*, un grado de lesividad suficiente para la competencia, es irrelevante que realmente tenga esa capacidad para afectar al orden concurrencial. Así, en suma, se sanciona una conducta aunque no dañe ni ponga en peligro el bien jurídico sujeto a protección. Obviamente, esto no se compagina muy bien con el principio de lesividad o antijuricidad material imperante en toda expresión del *ius puniendi*[88].

A nuestro juicio, los acuerdos de menor importancia no son más que el principio de antijuridicidad material traído a las sanciones del Derecho de la competencia. No en vano, comparten sus funciones. Por un lado, limitan el poder del Estado, de modo que no son válidas las normas que convierten en ilícitas conductas inocuas o inofensivas. Por otro lado, no menos importante, limitan la aplicación de normas punitivas, de suerte que si en el caso concreto se comprueba que la conducta formalmente ilícita no causa ningún peligro para el bien jurídico, no se reputa realmente antijurídica[89].

Bien es cierto que la crítica señalada se atenúa al tener en consideración el efecto sensible sobre el comercio comunitario, tal como señala el Abogado General en *Expedia*[90]. Sin embargo, como también se ha señalado, esto tan solo traslada el problema a un orden inferior[91]. En efecto, los ordenamientos nacionales de los Estados miembros no tienen, por lo general, un concepto equivalente al efecto sobre el comercio. Por el contrario, sí cuentan, normalmente, con una regla *de minimis* de corte parecido a la existente en sede comunitaria[92]. Por

---

[86] Sin embargo, hay quien recuerda que aunque los efectos concretos no han de demostrarse, sí que ha de evaluarse en una extensión necesaria ciertos efectos para discernir si tiene algo más que un efecto insignificante para la competencia. *Vid*. KOLSTAD, O. (2009), págs. 53.

[87] No obstante, existe jurisprudencia que considera que una fijación de precios que involucra a empresas pequeñas o medianas no es un acuerdo de menor importancia. *Vid*. STJUE de 11 de diciembre de 2003, *Ventouris Group Enterprises* vs. Comisión (T 59/1999). Al respecto, BAILEY dice que sería necesario para la comisión considerar si esto es suficientemente del interés de la Unión Europea y si lo es, si es una prioridad política o administrativa. *Vid*. BAILEY, D. (2012), pág. 592.

[88] Muy claros en este sentido se muestran ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y BAÑO FOS, J. M. (2016) y BAÑO FOS, J. M.ª. (2018), págs. 200-202.

[89] Con carácter general en Derecho sancionador, *vid*. REBOLLO PUIG, M. (2010), pág. 125. Específicamente en competencia y sobre el artículo 101 TFUE, *vid*. BAÑO FOS, J. M.ª (2018), *passim*.

[90] Conclusiones de la Abogada General KOKOTT de 6 de septiembre de 2012, sobre el asunto *Expedia* (C-226/11). A favor de esta interpretación, *vid*. VAN DER VIJVER, T., y VOLLERING, S. (2013), pág. 1139.

[91] BRUZZONE, G., y CAPOZZI, S. (2015), pág. 228.

[92] A modo de ejemplo, entre otros, artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia Española, artículo 5 de la Ley búlgara, artículo 11.3 de la Ley croata, artículo 7 de la Ley danesa, artículo 4.2 de la Ley eslovaca,

tanto, si el efecto sensible sobre el comercio ha de soportar todo el peso de la apreciabilidad como criterio limitativo del alcance del artículo 101(1) TFUE, el problema apuntado persiste, solo que plasmado especialmente en los países socios y no tanto en la Unión Europea. Además, no falta quien ha señalado que considerar redundante la sensibilidad en la competencia y en el comercio entre los Estados miembros es volver atrás décadas de jurisprudencia, pues persiguen metas diferentes y el primero es un test sustantivo y el otro un test jurisdiccional[93].

2. La compartimentación de un concepto amplio de restricción por el objeto y la presunción de apreciabilidad

La segunda interpretación posible consiste en considerar que la apreciabilidad de la restricción por el objeto se presume pero admitiéndose prueba en contrario[94]. Este planteamiento se apoya en dos premisas. Por un lado, los acuerdos confinados en la «*object box*», en principio, son lesivos por su propia naturaleza, y por ello, no quedan fuera del ámbito del artículo 101(1) TFUE, aun cuando la posición de las partes que los celebran no sobrepase los umbrales establecidos en la Comunicación. En particular, esto es lo que se deduce del asunto *Expedia*[95]. Pero, por otro lado, dependiendo del contenido y objetivo de la restricción por el objeto ante la que estemos y sin referencia a unos umbrales determinados, las empresas inspeccionadas pueden alegar que la conducta es de escasa importancia, atendiendo a su posición poco significativa en el mercado relevante o a cualquier otro elemento cuantitativo o cualitativo[96]. Esto es lo que se infiere de la sentencia del caso *Völk*. Así, desde *Expedia* quedaría establecida una presunción de apreciabilidad en las restricciones por el objeto que admitiría prueba en contrario, como demuestran, entre otros, el último caso mencionado[97]. En ese sentido, cuanto más seria es la restricción más insignificantes han de ser las cuotas de mercado[98].

La principal virtud de esta teoría interpretativa es que respeta el espíritu tanto de la restricción de la competencia por el objeto, como de la doctrina *de minimis* y el principio de lesividad que esta encarna[99]. En puridad, lo que hay es una inversión de la carga de la prueba que no se opone en absoluto a que

artículo 6 de la Ley eslovena, artículo 5 de la Ley finlandesa, artículo 13 de la Ley húngara, artículo 2 de la Ley italiana, artículo 11 de la Ley letona, artículo 5 de la Ley maltesa, artículo 7 de la Ley polaca y artículo 7 de la Ley portuguesa.

[93] King, S. (2015), págs. 23 y sigs.

[94] Mahtani, M. (2012), págs. 32 y sigs. También Ortega González, A. (2013), págs. 457-465, y Bruzzone, G., y Capozzi, S. (2015), pág. 228.

[95] Conclusiones de la Abogada General Kokott de 6 de septiembre de 2012, sobre el asunto *Expedia* (C-226/11). Kokott reconoce que el artículo 101(1) engloba solo restricciones apreciables de la competencia. Sin embargo, los criterios para determinar la apreciabilidad difieren en la restricción por el objeto y por el efecto. *Völk* no significa que en las restricciones por objeto la apreciabilidad se mida sobre la base de cuotas de mercado, y mucho menos que estas sean las mismas que en las restricciones por los efectos.

[96] *Ibid*, pág. 228. En defensa de los criterios cualitativos, *vid*. Van der Vijver, T., y Vollering, S. (2013), pág. 1142; King, S. (2015), pág. 16, y Whish, R, y Bailey, D. (2019), págs. 143-144.

[97] Ortega González, A. (2013), págs. 457-465. Sin embargo, si bien Clifton y Francis reconocen esa posibilidad, también señala que esto es muy difícil, tal como ocurre con la posibilidad de que una restricción por el objeto quede excepcionada por la vía del artículo 101(1) TFUE. *Vid*. Clifton, M. J., y Francis, A. (2014), pág. 308.

[98] Jones, A., y Sufrin, B. (2011), pág. 172.

[99] Mahtani, M. (2012), págs. 38-39.

todo comportamiento deba afectar a la competencia de forma apreciable para encajar en el artículo 101(1) TFEU, lo cual es exigible merced a la doctrina *de minimis*[100]. Así, en lugar de examinar la apreciabilidad en abstracto mediante referencia a unos umbrales definidos *ex ante,* esta se analiza desde una óptica más respetuosa con cada caso individual[101].

Además, es una tesis coherente con la afirmación del TJUE acerca de que la administración sancionadora no tiene que demostrar los efectos concretos de una conducta una vez que esta se ha revelado como una restricción por el objeto. Antes bien, los efectos negativos y apreciables se presuponen[102]. Sin embargo, nada impide que las empresas interesadas acrediten, con cualquier medio válido en Derecho, que la conducta es inapreciable y que la competencia no se ha visto amenazada ni real ni potencialmente.

El único inconveniente anudado a esta interpretación puede consistir en concebir la sensibilidad en la competencia como una excepción y no como un elemento del tipo del artículo 101(1) TFUE. Al respecto, recientemente se ha señalado que la apreciabilidad tiene un gran paralelismo con el artículo 101(3), en el sentido de que ambos son mecanismos de excepción muy raros en el caso de las restricciones por el objeto[103]. Sin embargo, esta afirmación no nos convence. La escasa sensibilidad de la competencia no brinda una exención. Antes bien, predica la licitud de la conducta analizada, que por tal razón queda fuera de la prohibición formulada por la norma *antitrust*[104].

3. La apreciabilidad como contenido de la fase contextual

Una última interpretación plausible, compatible con la anterior, es la que aboga por subsumir el análisis del efecto inapreciable sobre la competencia en el examen de la restricción por el objeto[105]. De este modo, según esta aproximación lo que el TJUE ha querido decir con sus pronunciamientos en los casos *Völk*, *Expedia y Cartes Bancaires* es lo siguiente: al comprobar si un acuerdo es una restricción de la competencia por el objeto, se ha de reparar en su contexto jurídico y económico. Dentro de este se debe llevar a cabo un análisis acerca del carácter sensible o no de la restricción de la competencia que de él dimana[106].

---

[100] Prueba de ello es que la Comisión Europea está obligada a definir el mercado relevante también en una restricción por el objeto, en tanto que es necesario para determinar si esta afecta a la competencia y al comercio entre los Estados miembros de forma sensible o apreciable (STJUE de 6 de julio del 2000, *Volkswagen* vs. *Comisión Europea* (C 62/98), apdos. 230 y 231, STJUE de 10 de marzo de 1992, *Societa Italiana Vetro, Fabrica Pisana and PPG Vernante Pennitalia* vs. *Comisión Europea* (T 68/89 y T 77,78/89), apdo. 158, y Bailey, D. (2012), pág. 569. En contrario: STJUE de 19 de marzo del 2003, *CMA CGM* vs. Comisión Europea (C 213/00), apdo. 206.

[101] Ibáñez Colomo, P. (2018), pág. 107.

[102] Mahtani, M. (2012), pág. 4.

[103] Zelger, B. (2017), págs. 387 y sigs.

[104] Miranda Serrano, L. M. (2008), *passim,* y Vallina Hoset, R. (2008), *passim*.

[105] Un posible precedente lo encontramos en la STJUE de diciembre de 1980, *L'Oreal* vs. *De Nieuwe* (C 31/80), apdo. 19: «Para apreciar [...] si debe considerarse prohibido un acuerdo a causa de las alteraciones del juego de la competencia que constituyen su objeto o su efecto, es preciso proceder al examen del juego de la competencia en el *contexto real* en que se produciría a falta del acuerdo objeto de controversia. A tal efecto, procede tomar en consideración [...] *la posición y la importancia de las partes en el mercado de los productos de que se trate*, el carácter aislado del acuerdo objeto de controversia o, al contrario, el lugar que ocupa en un conjunto de acuerdos». (Cursiva añadida). También cabe deducir esta posición del Abogado General Gand. *Vid*. Opinión del Abogado General Gand, de 3 de junio de 1969, sobre el asunto *Völk* (C 5/69).

[106] Así parece deducirse de la opinión del Abogado General Villalón, de 25 de octubre de 2012, sobre el asunto *Allianz Hungría* (C32/11), apdo. 85. No en vano, comienza el análisis del contexto con referencia a

En efecto, si una conducta no posee una cierta relevancia para la competencia, no puede ser considerada una restricción por el objeto[107]. Esto se explica en que su contexto económico pone de relieve un grado insuficiente de lesividad o falta de peligro del bien jurídico protegido[108]. Por el contrario, cuando se afirma que un acuerdo es una restricción por el objeto, se ha tenido que constatar *previamente* que, atendiendo a su contexto económico, presenta un grado suficiente de peligro para la competencia[109]. De ahí que en la sentencia del caso *Expedia* el TJUE afirme que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia[110]. Esta afirmación quiere decir que la apreciabilidad forma parte del examen encaminado a discernir si una restricción de la competencia lo es por su objeto o por sus efectos. Por tanto, la apreciabilidad no queda postergada a un momento posterior.

En conclusión, la doctrina *de minimis* derivada del art 101(1) TFEU alcanza a toda restricción de la competencia, ya sea por el objeto o por el efecto[111]. La diferencia estriba en que en el primer caso el carácter sensible se analiza atendiendo al contexto económico, mientras que en el segundo supuesto se estudia en el examen de los efectos[112].

La diferencia señalada no es baladí. Antes bien, la apreciabilidad difiere en un tipo de restricción y otro, de igual modo que ha de distinguirse el análisis del contexto económico del análisis de los efectos[113]. En concreto, en el contexto económico se ha de determinar que la conducta no presenta ningún rasgo en virtud del cual se compruebe que la competencia no ha corrido ningún peligro, ni real ni potencial. En el análisis de los efectos, en cambio, se ha de demostrar que realmente la competencia se ha visto afectada de forma apreciable tras el acuerdo.

Lo anterior implica que en el caso de la restricción por el objeto la administración sancionadora tan solo tiene la obligación de examinar los motivos esgrimidos por las partes acerca de la insignificancia de la conducta, y tras ello,

---

la cuota de mercado y la posición de las empresas involucradas. Más clara aún resulta la opinión del Abogado General Wahl, de 27 de marzo de 2014, sobre el asunto *Cartes Bancaires* (C67/ 13), apdo. 42. En ella, el jurista afirma que incluso en una fijación de precios se debería atender a la cuota mínima de las empresas implicadas, pues así lo exige el contexto económico. En contra, se pronunció recientemente Zelger, B. (2017), págs. 386-387. A favor, de forma clara King, S. (2015), *passim,* y Van der Vijver, T., y Vollering, S. (2013), *passim*. También en esta línea parece ir Robles Martín-Laborda, A. (2016), cuando afirma que «no parece que un acuerdo pueda presentar un "grado de nocividad para la competencia suficiente" con independencia, por ejemplo, de una reducidísima cuota de mercado de las partes (lo que forma parte del contexto económico en el que se produce)».

[107] Blánquez, L., y Rogers, M. (2009), pág. 59, y Kolstad, O. (2009), págs. 52 y sigs.

[108] Alfaro Águila-Real, J. (2011).

[109] King, S. (2015), *passim,* y Van der Vijver, T., y Vollering, S. (2013), *passim*.

[110] STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (C-226/11).

[111] Whish, R., y Bailey, D. (2019), pág. 117. Whish y Bailey reconocen que algún tipo de elemento analítico es requerido en la determinación de si un acuerdo restringe la competencia Considera que ese análisis puede venir de 2 consideraciones separadas. Por un lado si el acuerdo restringe la competencia de forma apreciable y, por otro, si se afecta al comercio entre los estados miembros de manera sensible. En esa misma dirección se pronunció Bailey también en Bailey, D. (2012), pág. 588.

[112] Claramente son conceptos e ideas diferentes, como refleja la jurisprudencia: STJUE de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij* vs. *Comisión* (C 238/99), apdo. 486. Si bien uno de los desafíos del derecho de la competencia es imaginar una línea clara e determine los límites prácticos de uno y otro. *Vid*. Alvin Sing, Y. (2016), pág. 180.

[113] Kolstad, O. (2009), pág. 53.

aceptarlos o rechazarlos[114]. Por el contrario, al evaluar los efectos, la autoridad de la competencia tiene que demostrar que los efectos del acuerdo fueron negativos para la competencia y que fueron apreciables. Además, en el análisis de los efectos la Comisión está atada por su Comunicación, mientras que en el análisis del contexto económico goza de mayor libertad para adaptar su análisis al caso concreto.

Quizás un ejemplo lo aclare. Piénsese en una fijación de precios acordada únicamente para un par de días cuyos partícipes, que además son competidores, suman un 0,4 por 100 de cuota de mercado. En este supuesto, como en cualquier restricción, lo primero que debemos comprobar, de cara a evidenciar su encaje en el artículo 101(1) TFUE, es si nos encontramos ante una restricción por el objeto o por sus efectos. Al respecto, como se trata de un pacto de precios entre competidores, no debe ser difícil superar el primer filtro de la fase formal a la que alude Bobek. No en vano, existe un amplio consenso acerca de que un acuerdo horizontal de precios es un comportamiento subsumible en la *object box*. La controversia se encontrará, por tanto, en el examen del contexto económico.

Al analizar este contexto, se nos presentan dos alternativas o posibilidades: 1.º) Que a pesar del ínfimo poder de las empresas y su poca relevancia temporal la conducta presente un grado suficiente de lesividad para la competencia. 2.º) Que la escasísima posición de las empresas en el mercado y el breve periodo de tiempo en el que el acuerdo estuvo en vigor evidencien una falta de peligro real para la competencia, revistiendo entonces la conducta una entidad insuficiente para aplicar el régimen sancionador.

En la primera alternativa estamos ante una restricción por el objeto y, en esta, es del todo innecesario analizar los efectos concretos. Por consiguiente, no se tiene que demostrar que efectivamente se dañó la competencia de forma apreciable. Sin embargo, en la segunda posibilidad no nos colocamos frente a una restricción por el objeto, sino ante una restricción por los efectos. Esto es debido a que no supera el segundo filtro de la fase funcional o contextual que se requiere para reputar a un acuerdo como una restricción por el objeto.

Cabe destacar, por último, que una vez se concluye que estamos ante una restricción de la competencia por sus efectos, sí que resultan de aplicación los umbrales de la Comunicación *de minimis*. Según estos, se presume *iure et de iure* que el pacto no afectó de forma significativa o sensible a la competencia. Esto es debido a que, en realidad, el examen de la menor importancia es más exigente en el contexto económico que en los efectos. De esta forma, la conducta queda definitivamente fuera del ámbito del Derecho *antitrust*, respetando con ello el principio de antijuridicidad material y mostrando que no daña a la competencia quien quiere, sino quien puede[115].

---

[114] Así lo defiende, aunque hablando del contexto jurídico y económico en general Svetlicinii. *Vid*. Svetlicinii, A. (2011), pág. 351.

[115] Lo cual encaja bien con el principio de proporcionalidad, puesto en valor en el artículo 101(1) TFUE por Baño Fos, J. M.ª (2018), págs. 183-184. Subsidiariamente, también se podría sostener que es un comportamiento prohibido pero que no merece sanción, en línea con lo afirmado por Baño Fos, J. M.ª (2018), pág. 63, pues en sus propias palabras «*in administrative law nota ll conducts which infringe a prohibiton carry out a monetary penalti; in fact, many of them just carry out compensatory measures in order to reestablish the situation that existed prior to the conduct*».

V. IMPLICACIONES DE LAS INTERPRETACIONES SUGERIDAS PARA LA LEY Y EL REGLAMENTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En las páginas precedentes, basándonos en la sentencia del caso *Budapest Bank,* hemos sostenido una aproximación híbrida a la restricción por el objeto, dotada de dos fases[116]: una formal y otra funcional. En esta última tiene un papel decisivo el contexto económico y jurídico. Al respecto, hemos mantenido que la sensibilidad o apreciabilidad de la restricción de la competencia forma parte de este. Todo esto, como resulta obvio, tiene implicaciones para nuestra normativa nacional de defensa de la competencia, la cual ha de inspirarse en el acervo comunitario.

En este sentido, cabe destacar que nuestra Ley de Defensa de la Competencia (LDC) se adapta sin problemas a estas nuevas tendencias. Esto es debido a que su artículo 1, con una redacción muy similar a la del artículo 101(1) TFUE, puede interpretarse desde la concepción mixta sin ningún inconveniente. Pero además, resulta que el artículo 5 LDC tampoco es un obstáculo para la adopción de las interpretaciones señaladas, toda vez que se limita a apuntar la legalidad de las conductas de menor importancia y se remite en lo sustantivo al Reglamento. Sin embargo, se ha de poner de relieve que sí parece necesario reformar el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). En particular, tres son los motivos que nos inducen a abogar por esta reforma:

En primer lugar, se debe matizar el artículo 1 RDC. Actualmente, este no diferencia entre restricciones de la competencia por el objeto y por sus efectos a la hora de fijar los umbrales en virtud de los cuales se determina la menor importancia. Sin embargo, si el legislador quiere establecer la misma presunción que prevé la Comisión Europea (como parece deducirse de la semejanza entre la redacción del RDC y la Comunicación *de minimis* de 2001), debe adaptar el contenido de este artículo a su última Comunicación de 2014. Eso implica, por un lado, tener los mismos criterios delimitadores de la presunción *de minimis*. Pero, por otro, también obliga a dejar a un lado a las restricciones por el objeto. Así, el precepto debe aclarar que solo resulta aplicable a las restricciones de la competencia por sus efectos. No en vano, los umbrales establecidos en la Comunicación y en el artículo 1 RDC no son adecuados para valorar la sensibilidad de una restricción por el objeto, como pone de manifiesto la sentencia del caso *Expedia*.

En segundo lugar, en tanto que obedece a una aproximación ortodoxa, ya desfasada, se debe optar por suprimir el artículo 2 RDC. No tiene sentido mantener una lista negra de excepciones a la doctrina *de minimis* (art. 5 LDC), que como hemos visto, ha de aplicarse a cualquier restricción, si bien con diferentes criterios ya estemos ante restricciones por el objeto o por sus efectos. En ese sentido, el mantenimiento del artículo 2 RDC puede confundir a los operadores jurídicos y hacerles creer que esas conductas siempre interesan al Derecho *antitrust*, lo cual no es cierto, ya que del análisis del contexto se podría desprender que no son restricciones por el objeto y que, en ese caso, deben ser permitidas sobre la base de los umbrales establecidos en el artículo 1 RDC.

[116] STJUE de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank* (C-228/18).

Por último, el artículo 3 RDC es redundante. Si nos fijamos bien, afirma que se podrá declarar no aplicable el artículo 1 LDC a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia. Eso, como resulta evidente, ya se encuentra recogido en el propio artículo 1 LDC si interpretamos la restricción por el objeto desde una aproximación híbrida que tiene en cuenta el contexto jurídico y económico de la conducta de la que aquella trae causa. Con todo, es reconfortante comprobar que el legislador español de hace más de una década fuese pionero en Europa y apuntase que la sensibilidad de la competencia está ligada al contexto del acuerdo. Tesis con la que estamos de acuerdo tal como hemos tratado de justificar en estas páginas. Al menos de momento, en tanto no se formule otra interpretación que nos parezca mejor fundada en Derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AKMAN, P. (2013), «The Court of Justice's Expedia ruling undermines the economic approach by eliminating the *de minimis* doctrine defence in object agreements», *Competition Law and Policy blog,* 4 de junio de 2013.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2011), «Los cárteles de chichinabo no deben prohibirse», *Almacen de Derecho*, 29 de abril de 2011.

— (2016), «Restricciones por el objeto y restricciones por el efecto», *Almacen de Derecho*, 15 de enero de 2016.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y BAÑO FOS, J. M. (2016), «El asunto Cartes Bancaires», *Almacen de Derecho*, 8 de abril de 2016.

ALVIN SING, Y. (2016), «The distinction between "object" and "effect" in EU competition law and concerns after Groupement des Cartes bancaires», *ECLR* 37(5).

BAILEY, D. (2012), «Restrictions of competition by object under article 101 TFEU», *CMLRev*. 49.

BAÑO FOS, J. M.ª. (2018), *The dogmatic of article 101 TFEU and information exchanges*, Iustel, Madrid.

BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. (1999), «Los acuerdos de menor importancia en la nueva Comunicación de la Comisión», *Not UE* 169.

BLÁNQUEZ, L., y ROGERS, M. (2009), «Los asuntos Glaxo Wellcome e Irish Beef: ¿Qué acuerdos tienen por objeto restringir la competencia en Derecho comunitario?», *GJ* 12.

BONFIELD, L. *et al*. (2018), *European Business Law. Representing clients doing business in the European Union*, West Academic, United States.

BRANKIN, S. P. (2016), «The substantive standard behind the object/effect distinction post-Cartes Bancaires», *ECLR* 37(9).

BRUZZONE, G., y CAPOZZI, S. (2015), «Restrictions by object in the Case Law of the Court of justice: In search of a systematic approach», en BENACCHIO, G. A., y CARPAGNANO, M. (eds.), *L'Applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli.

CLIFTON, M. J., y FRANCIS, A. (2014), «Back to the future: a narrower interpretation of by object Restrictions», *European Law Reporter* 12.

COSTAS COMESAÑA, J. (2010), «El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores», *ADI* 30 (2009-2010).

GRAHAM, C. (2013), «Methods for determining whether an agreement restricts competition: comment on Allianz Hungaria», *ELRev*. 38.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (2015), «Los intercambios de información entre empresas competidoras como restricciones por el objeto tras la doctrina Cartes Bancaires», *ADI* 35 (2014-2015).

IBÁÑEZ COLOMO, P. (2018), *The Shaping of EU Competition Policy*, Cambridge University Press, Great Britain.
— (2019a), «Persistent myths in competition law (II): "the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object"», *Chillingcompetition.com*, 30 de mayo de 2019.
— (2019b), «Persistent myths in competition law (III): the "object box"», *Chillingcompetition.com*, 15 de julio de 2019.
— (2019c), «AG Bobek in Case C-228/18, Budapest Bank (or the art of consolidating and clarifying the case law on restrictions by object)», *Chillingcompetition.com*, 5 de septiembre de 2019.
— (2020), «Case C-228/18, Budapest Bank: all the pieces are now in place (and we know what a restriction is)», *Chillingcompetition.com*, 2 de abril de 2020.
IBÁÑEZ COLOMO, P., y LAMADRID, A. (2017), «On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know», en GERARD, D.; MEROLA, M., y MEYRING, B. (eds.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant, Brussells.
JONES, A. (2010a), «The journey toward an effects-based approach under art. 101 TFEU. The case of the hardcore restrictions», *Antitrust Bull*. 55(4).
— (2010b), «Left behind by modernisation? Restrictions by object under article 101(1)», *European Competition Journal* 6(3).
JONES, A., y SUFRIN, B. (2011), *EU Competition Law, text cases and materials*, 4.ª ed., Oxford, UK.
KING, S. (2011), «The object box: Law, policy or myth», *European Competition Journal* 7(2).
— (2015), «How appreciable is object? The *de minimis* doctrine and Case C226/11 Expedia Inc *vs*. Autorité de la concurrence», *European Competition Journal* 11(1).
KOLSTAD, O. (2009), *Object contra effect in Swedish and European Competition Law*, Konkurrensverket, Stockholm.
LOOZEN, E. (2010), «The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all (T-Mobile Netherlands) », *ECLR* 31(4).
LÖWHAGEN, F. (2019), «Descifrando el artículo 101 del TFUE», *Almacen de Derecho*, 4 de diciembre de 2019.
MAHTANI, M. (2012), «Thinking outside the object box: An EU and UK perspective», *European Competition Journal* 8(1).
MIRANDA SERRANO, L. M. (2008), «La regla *de minimis* en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo», *DN* 216.
NAGY, C. I. (2015), «The new concept of anticompetitive object: a loose cannon in EU competition Law», *ECLR* 36(4).
ORTEGA GONZÁLEZ, A. (2013), «Restrictions by object and the appreciability test: the Expedia Case, a surprising judgement or a simple clarification?», *ECLR* 34(9).
REBOLLO PUIG, M. (2010), «Antijuricidad», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid.
ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (2016), «El Tribunal de Justicia, otra vez sobre el concepto de restricción por objeto: el asunto Toshiba», *Competencia y Regulación*, 7 de febrero de 2016.
SVETLICINII, A. (2011), «Objective justifications of restrictions by object in Pierre Fabre: A more economic approach to Article 101(1) TFEU?», *European Law Reporter* 11.
VALLINA HOSET, R. (2008): «¿*De minimis lex non curat* o *de minimis praetor non curat*?», *GJ* 2.
VAN DER VIJVER, T., y VOLLERING, S. (2013), «Understanding appreciability: The European Court of Justice reviews its journey in Expedia», *CMLRev*. 50.
VELASCO SAN PEDRO, L. A. (2006), «Restricción de la competencia», en VELASCO SAN PEDRO, L. A. (dir.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Iustel, Madrid.

VOLLERING, S. (2018), «When a hardcore restriction is not an object restriction», *ECLR* 39(2).

WAHLIN, M. C. (2014), «Post-cartes bancaires: restrictions by object and the concept of vertical hardcore restrictions», *Competition Law Journal* 14.

WHISH, R., y BAILEY, D. (2019), *Competition Law*, 9.ª ed., Oxford University Press, UK.

ZELGER, B. (2017), «By object restrictions pursuant to article 101(1) TFEU: a clear matter or a mess, and a critical analysis of the court's judgement in Expedia», *European Competition Journal* 13(2-3).