



TRIBUNAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA
COMUNITAT VALENCIANA

El Derecho de la Competencia y el Sector Agroalimentario en la Comunitat Valenciana

EDITA: Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana

DEPÓSITO LEGAL: V-3764-2010

IMPRIME Y MAQUETA: Impremta La Plaça, Centro Especial de Empleo

El Derecho de la Competencia y el Sector Agroalimentario en la Comunitat Valenciana

Jornadas Sectoriales

Fundación Bancaja, Valencia, 6 de mayo de 2010

Organización: TDCCV y Departamento de Derecho Mercantil U.V.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 7

INAUGURACIÓN:

FERNANDO CASTELLÓ BORONAT

(PRESIDENTE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMUNIDAD VALENCIANA).... 9

1. EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA AGROALIMENTARIA EN EUROPA: INICIATIVAS RECIENTES DE LA UNIÓN EUROPEA Y ROLES DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES

PONENTE: JOSÉ CARLOS ENGRA MORENO

(ADMINISTRADOR DE LA COMISIÓN EUROPEA, DG COMP, UNIT E2 ANTITRUST

CONSUMER GOODS, BASIC INDUSTRIES, AGRICULTURE AND MANUFACTURING)..... 17

2. LAS PECULIARIDADES Y ESPECIFICIDADES PROPIAS DE LOS MERCADOS AGROALIMENTARIOS Y SU CONTRASTE CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

PONENTE: JAVIER GUILLEM CARRAU

(LETRADO DE LES CORTS VALENCIANES) 30

3. ORGANIZACIONES EMPRESARIALES AGROALIMENTARIAS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

PONENTE: JUAN IGNACIO RUIZ PERIS

(CATEDRÁTICO DERECHO MERCANTIL) 60

4. MESA REDONDA: EL SECTOR AGROALIMENTARIO ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

MODERADOR:

VICENTE CUÑAT

(CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL. CONSEJERO DEL CONSELL JURIDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA)

PONENTES:

CRISTÓBAL AGUADO

(PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN VALENCIANA DE AGRICULTORES AVA-ASAJA)..... 70

SALVADOR FERRER JUAN

(ASESOR JURÍDICO DE FEDACOVA) 74

JOSEP BOTELLA

(SECRETARIO GENERAL DE LA UNIÓN) 76

JOSÉ ENRIQUE GARRIGÓS

(PRESIDENTE FEDERACIÓN DE CONSEJOS REGULADORES Y DENOMINACIONES
DE ORIGEN DE LA COMUNITAT VALENCIANA)..... 79

CIRILO ARNANDIS

(PRESIDENTE SECTORIAL DE CÍTRICOS DE LA FEDERACIÓN
DE COOPERATIVAS AGRARIAS DE LA COMUNITAT VALENCIANA)..... 82

RAFAEL ALLENDESALAZAR

(ABOGADO HOWREY/MARTÍNEZ LAGE S.L.)..... 86

5. CLAUSURA:

LUIS BERENGUER FUSTER

(PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA)..... 104

INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana tiene entre sus funciones principales la de promoción de la competencia, función que abarca actuaciones destinadas a dar a conocer, divulgar y fomentar la cultura de la competencia y que conlleva, por lo tanto, la organización de eventos que faciliten y sustenten dicha función.

En esa línea de actuación, el pasado seis de mayo organizó, junto al Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia, la jornada: “El Derecho de la Competencia y el Sector Agroalimentario en la Comunitat Valenciana”, con la colaboración de la Fundación Bancaja que amablemente cedió los locales y nos prestó asistencia durante la celebración de la misma.

Nadie puede poner en duda la importancia del sector en nuestra comunidad, por lo que supuso en el pasado, base de nuestra economía y origen de nuestra expansión en los mercados internacionales, como de lo que es hoy y debe suponer para nuestro futuro, con los cambios que se vienen produciendo en el ámbito internacional, tanto en los mercados agroalimentarios desde el punto de vista de la producción y distribución, como en las normas que rigen su funcionamiento, especialmente en la Unión Europea.

Y, es, precisamente, en este último apartado en el que hemos querido ser sensibles a la coyuntura que atraviesa el sector, en particular por el debate entre Política Agraria y Política de Competencia por lo que decidimos organizar esta jornada con la participación de los representantes de las organizaciones agroalimentarias, algunos expertos y de las autoridades de competencia nacional y autonómica.

Quiero agradecer a todos los participantes su disposición y su trabajo, y manifestar la voluntad del TDCCV de continuar en esta línea promoviendo encuentros técnicos y especializados en el ámbito de la política de competencia. Nos sentimos muy satisfechos con la respuesta de asistencia que tuvo la jornada y hemos considerado de utilidad trasladar los contenidos de la misma a la edición de este texto que ve la luz gracias al patrocinio de la Fundación Bancaja.

El texto ha mantenido escrupulosamente el mismo orden de desarrollo de la jornada, si bien, las intervenciones han sido enriquecidas por sus autores, ya que sin duda, la extensión de algunas de ellas hubiera sido imposible encajarla en su día en el desarrollo presencial. Cuestión ésta que quiero también resaltar y agradecer a todos ellos ese trabajo porque mejora y eleva la calidad inicial de las exposiciones.

Fernando Castelló (Presidente TDCCV)
Valencia, julio de 2010.

INAUGURACIÓN:

FERNANDO CASTELLÓ BORONAT

(PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMUNIDAD VALENCIANA)

Muy buenos días y bienvenidos a esta jornada sobre el Derecho de la Competencia y el sector agroalimentario valenciano que el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana ha organizado junto al Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

Quiero agradecer su asistencia y el trabajo de todos los que han hecho posible que durante esta mañana podamos asistir a una jornada, que sin duda, se presume muy interesante. Y a la Fundación Bancaja por habernos facilitado estas dependencias y la asistencia durante la mañana de hoy.

Estoy seguro que durante su desarrollo habrá polémica y contraste de opiniones, pero creo que todos podremos sacar conclusiones positivas y en todo caso, conocernos mejor; ese es el ánimo que nos ha impulsado a organizarla y, mi deseo y el del Tribunal, que sea una mañana provechosa para todos.

Como habrán podido comprobar, y seguro así lo confirmarán sus intervenciones, el panel de participantes es difícilmente superable, por lo que, cuando finalice la jornada con la intervención de Don Luis Berenguer, todos habremos enriquecido nuestro conocimiento particular, y espero, que también hayamos podido aportar posibles escenarios positivos de futuro en el ámbito de la competencia y el sector agroalimentario, que es lo que nos ocupa a unos y a otros.

Queridas amigas y amigos, seguramente, la mayoría de ustedes no conozcan el TDC, y posiblemente se hayan enterado de su existencia como consecuencia de la invitación a esta jornada.

Bien, ya hemos conseguido uno de los objetivos que con la organización de este evento pretendíamos, aunque fuera el menos importante, dar a conocer la existencia del Tribunal, y tener la oportunidad de explicar brevemente ¿qué es? y ¿cuáles son sus objetivos?

Sin ánimo de ser exhaustivo me van a permitir que les haga una brevísima presentación del TDC.

El TDCCV fue creado por la Ley 14/2005 de la Generalitat Valenciana como entidad autónoma de carácter administrativo con personalidad jurídica propia con la finalidad del preservar el funcionamiento competitivo de los mercados

autonómicos valencianos y garantizar una competencia efectiva en los mismos. Se constituyó el 8/05/2008, una vez nombrados su Presidente y los dos Vocales por el Gobierno Valenciano. Se modificó su estructura por la Ley 16/2008, de la Generalitat Valenciana, que incorpora el Servicio de Defensa de la Competencia que dependía de la D.G. de Economía, al Tribunal, conformando una autoridad de competencia en la línea de la nueva CNC y de las orientaciones europeas.

Tenemos la sede en Valencia, en Plaza Alfonso El Magnánimo 12 y, en estos momentos, tenemos una mínima estructura que nos permite, con muchas apreturas, ir cumpliendo con las funciones que la legislación sobre la materia nos encomienda. Funciones que derivan tanto de la legislación ya citada como de la nacional, la actual Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 de 3 de julio, y de su reglamento de febrero de 2008.

Funciones principales o más destacadas:

Las funciones más destacadas entre las que tiene atribuidas el TDCCV son, el ejercicio de la potestad sancionadora, actuando ex-post, con la capacidad de imponer multas por conductas y prácticas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC 15/2007 y la función de promoción de la competencia, actuando ex-ante divulgando y fomentando el conocimiento de las normas de competencia, sus beneficios y las buenas prácticas entre operadores y agentes económicos, en una clara labor de prevención, así como, la de investigar y estudiar el funcionamiento de los mercados para detectar posibles prácticas, conductas ó situaciones anticompetitivas.

A algunos de ustedes seguro que les surgen algunas preguntas que, aunque de manera sucinta, me gustaría contestar.

Algunas preguntas pertinentes

¿Qué beneficios puede aportar la competencia y por qué deben existir órganos encargados de velar por ella? La existencia de una competencia efectiva en los mercados genera, entre otros:

- Una asignación de los recursos más eficiente y el incremento del potencial innovador y de la productividad de las empresas.
- Una mejora de la competitividad y el crecimiento económico, y con ello, del empleo y del bienestar.
- Una reducción de precios y una mejora de la calidad de los productos y servicios aumentando las posibilidades de elección de los consumidores.

El principal beneficiario es el demandante de productos y servicios, es decir, los consumidores y usuarios, y los clientes tanto particulares como empresas.

Entrando en materia, y sobre los temas que hoy se van a tratar en la jornada me gustaría hacer algunas consideraciones.

En los últimos tiempos venimos asistiendo a la polémica que se ha suscitado entre las autoridades de competencia y los responsables de asociaciones empresariales del sector agroalimentario; tanto sobre actuaciones de las autoridades de competencia, especialmente de la CNC, como de las reivindicaciones del sector en relación con la materia que nos ocupa.

Que es un asunto de actualidad, es evidente, que es controvertido no hay duda, y que es de suma importancia un enfoque adecuado para poder resolver esa polémica y además facilitar el encaje idóneo de las actuaciones del sector en la normativa de competencia, puede ser la clave para ayudar a ganar competitividad y resolver, quizá, algunas asignaturas pendientes en el ámbito de la actividad económica del campo, de la industria agroalimentaria y de la distribución comercial del sector.

No es fácil, si lo fuera, posiblemente, no estaríamos hoy aquí, y por supuesto no se hubiera generado la polémica a la que antes me refería.

Precisamente, esa dificultad nos ha animado a organizar y participar en esta jornada, con expertos en el ámbito del derecho y la política de la competencia, a nivel europeo y estatal, y con las principales organizaciones del sector, a los que quiero agradecer su disponibilidad y su trabajo y felicitar de antemano sus intervenciones, aunque seguramente con algunos puntos de vista no esté de acuerdo.

Por eso, porque no creo que sea mi cometido realizar una intervención de las que se denominan “políticamente correctas”, como Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, quiero exponerles mi punto de vista.

Creo firmemente que la actuación de las autoridades de competencia debe ser, como nos marca la regulación que nos ampara y ordena, la de velar por el cumplimiento de la normativa de competencia, tanto la legislación autonómica como la estatal, que antes he mencionado.

Y, creo sinceramente, que una actuación rigurosa y eficaz de las autoridades de competencia, tiene unos efectos muy positivos en la mejora del funcionamiento de los mercados. Y, en este sentido los mercados agroalimentarios no son una excepción.

El artículo 1. de la Ley de creación del TDC dice: “Se crea el Tribunal de

Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, como entidad autónoma de carácter administrativo dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, y en especial para preservar el funcionamiento competitivo de los mercados autonómicos valencianos y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos, protegiéndola mediante el ejercicio de las funciones de resolución, informe y propuesta que la presente ley le atribuye expresamente.”

Por lo tanto, no podemos, ni debemos, hacer otra cosa que, en su caso, aplicar la ley y vigilar que se cumpla; pero, además tenemos una función, que desde la aprobación de la ley 15/2007 tiene gran relevancia; la he mencionado en la presentación del TDC, es la función de promoción de la competencia.

La promoción de la competencia ha adquirido una gran relevancia en la nueva regulación de la competencia y amplía, sin duda, el campo de actuación de las autoridades de competencia, porque nos mandata para promover la existencia de una competencia efectiva en todos los sectores productivos, a la CNC en todo el territorio nacional y a nosotros en el ámbito de la Comunitat Valenciana.

Para ello, tal como la define la ICN (International Competition Network), la promoción de la competencia consiste en un conjunto de actuaciones de las autoridades de competencia encaminadas a promover un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas mediante mecanismos no coactivos, especialmente a través de la interacción con otras administraciones públicas, de la interacción con los agentes económicos, y de la sensibilización del público acerca de los beneficios de la competencia.

Es posible que la polémica que se ha suscitado entre competencia y el sector agroalimentario haya venido más por actuaciones derivadas de la función coercitiva y de aplicación de la ley por conductas anticompetitivas, cuestión sobre la que no voy a polemizar, pero estoy convencido que del desarrollo y de la evolución de la función de promoción de la competencia, específicamente en el sector agroalimentario, deben surgir mecanismos de entendimiento e instrumentos apropiados para que el sector gane en competitividad y con ello en seguridad y viabilidad de cara al futuro.

Estoy seguro que nadie pretende que se vulnere la ley, como estoy seguro que nadie puede pensar que desde las autoridades de competencia se tenga que, como habitualmente se dice, “hacer la vista gorda” o “mirar para otro lado” cuando se detecta una conducta o práctica anticompetitiva.

Por eso, creo que tenemos, en el ámbito de la función de promoción de la competencia, una gran oportunidad de trabajar junto a los sectores que hoy nos acompañan, para mejorar el funcionamiento de los mercados, para ayudarles a

conocer y a cumplir la normativa sobre competencia y, en su caso, para detectar aquellas cuestiones que deberían reformarse o cambiarse, proponiendo dichos cambios, si entendemos que con ellos se avanza en la mejora de las condiciones competitivas.

Desde ese mutuo conocimiento, podrán confirmar con toda seguridad que las actuaciones de este Tribunal y seguro también de la CNC, como de cualquier autoridad de competencia, no vienen nunca marcadas por el capricho o, como hemos escuchado en algunas ocasiones, por el desconocimiento del sector o la falta de sensibilidad. La normativa es la que es y debemos cumplirla, y en nuestro caso, estar vigilantes para que así sea.

La importancia del sector agroalimentario en esta comunidad es de todos conocida, no se trata sólo de un sector que tiene una gran tradición y que es parte de nuestro acervo cultural y empresarial y seña de identidad de los valencianos; es un sector muy importante en nuestra actividad económica, los datos son inapelables, casi un 30% del total de nuestras exportaciones, un saldo comercial positivo de casi 2.000 millones de € en 2009, siendo la principal comunidad autónoma exportadora de frutas y hortalizas y suponiendo el 40% del total y la tercera en el conjunto del sector; la industria agroalimentaria da empleo a casi 34.000 personas y actividad a más de 1.500 empresas con un importe neto de la cifra de negocios que se acerca a los 8.000 millones de €.

Esa importancia, tanto en las cifras, desde el punto de vista económico como en nuestra tradición deben tener un futuro despejado y esperanzador, y para consolidar ese futuro debemos trabajar de manera complementaria para que la actividad empresarial, en toda la cadena de valor de la cadena alimentaria tenga unas condiciones lo más pro-competitivas posibles, eliminando prácticas y conductas anticompetitivas o barreras de entrada, posibles situaciones de abuso de posición de dominio, e incluso proponiendo la modificación de la regulación si es necesario, y superando estructuras y modelos poco acordes con la necesaria mejora de la competitividad, verdadero paradigma de la economía mundial; debemos olvidarnos de estructuras y modelos acostumbrados a medidas proteccionistas o excesivamente vinculados a la subvención y a la ayuda pública, y apostar por mercados transparentes, con regulaciones que favorezcan la competencia para mejorar la competitividad de nuestras empresas, la generación de empleo y la satisfacción de consumidores y usuarios, además de garantizar unas condiciones equilibradas y competitivas a todos los agentes de la cadena de valor.

Desde mi punto de vista, el problema no está tanto en adaptar la política de competencia al sector agroalimentario, como algunos plantean, o en términos más utilizados por el sector, de conocer las peculiaridades y especificidades del sector y adaptar la normativa de competencia a la PAC, que en todo caso, debería

hacerlo Bruselas, ya que la política de competencia es parte integrante de la política agraria; posiblemente, y a la vista de los informes que se han ido elaborando en Europa, se trate más de fomentar actuaciones orientadas hacia el fortalecimiento del poder negociador de los productores que necesitan una mayor concentración de la oferta, especialmente cuando se trata de productos perecederos; a promover un mayor grado de formalización contractual de precios, cantidades y calidades entre productores y distribuidores; o a fomentar una mayor transparencia, tanto en la formación de los precios en toda la cadena de valor como en el funcionamiento de las transacciones. Posiblemente actuaciones que serían más beneficiosas y con resultados más pro-competitivos, y que, por lo tanto son también objetivos que perseguimos desde las autoridades de competencia.

Los estudios, las comunicaciones y las resoluciones que se han ido produciendo a nivel europeo (la última en marzo de 2010 por el Consejo de Ministros de Agricultura de la U.E. para frenar los abusos que se registran en la cadena agroalimentaria) ponen de manifiesto la preocupación por los problemas que están perfectamente detectados y que en muchas ocasiones y desde el punto de vista de competencia son de difícil solución por las dificultades de aportación de pruebas, requisito absolutamente necesario al tratarse de un derecho administrativo sancionador y cuestión a tener muy en cuenta por las organizaciones agrarias y las interprofesionales que podrían facilitar esta fase tan importante del procedimiento.

En todo caso, a pesar de los esfuerzos realizados y el interés por el tema no se ha llegado a conclusiones definitivas y desde luego, parece evidente, que la solución no pasa por un enfrentamiento entre política de competencia y política agraria, sino más bien por avanzar conjuntamente en soluciones que además de plantearse de forma global desde la U.E., también se plantearán y se incorporarán de abajo a arriba, desde los mercados locales; cuestión ésta en la que autoridades autonómicas de la competencia y la propia CNC y las administraciones competentes, seguramente, tenemos mucho que hacer.

En este sentido, ya le adelanto al Presidente de la CNC, que el TDCCV, propondrá la creación en el seno del Consejo Nacional de Defensa de la Competencia (en el que ya se han constituido varios grupos de trabajo específicos y estamos todas las autoridades autonómicas y la CNC) de un Grupo de Trabajo “ad hoc” para estudiar y proponer iniciativas que mejoren la situación competitiva del sector agroalimentario español desde el punto de vista de la política de competencia.

Sinceramente, no deben ver a las autoridades de la competencia como una amenaza, y menos aún como un enemigo, sino como una oportunidad. La oportunidad de poder conocer mejor la política de la competencia y, también, la oportunidad de poder trasladar situaciones que perjudican al mercado instando a

su actuación.

En cualquier caso, estoy seguro que en las intervenciones posteriores se apuntarán alternativas y posibilidades de actuación y, espero, que del contraste de opiniones, cuanto menos concluyamos con la necesidad de mantener un diálogo fluido que redunde en beneficio de todos.

Sólo me queda trasladarles que estamos a disposición de todos ustedes para colaborar en mejorar las posibilidades del sector y que, en ese sentido ya hemos mantenido algunas reuniones con alguna de las asociaciones aquí presentes, disposición que hago extensiva al resto de colectivos, en el sentido de poder divulgar el conocimiento de la competencia y de estudiar desde nuestra perspectiva los problemas que esta mañana, seguro, se van a poner de manifiesto.

1. EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA AGROALIMENTARIA EN EUROPA: INICIATIVAS RECIENTES DE LA UNIÓN EUROPEA Y ROLES DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES

PONENTE: JOSÉ CARLOS ENGRA MORENO*

(ADMINISTRADOR DE LA COMISION EUROPEA, DG COMP, UNIT E2 ANTITRUST CONSUMER GOODS, BASIC INDUSTRIES, AGRICULTURE AND MANUFACTURING)

La organización de esta jornada sobre “*El Derecho de la Competencia y el Sector Agroalimentario en la Comunitat Valenciana*” constituye una ocasión sumamente oportuna para abordar las recientes iniciativas que ha adoptado la Comisión Europea con el fin de garantizar un mejor funcionamiento de la cadena agroalimentaria en la Unión Europea (UE). Entre dichas iniciativas, el papel que juega el Derecho de la Competencia es clave por dos razones principales. En primer lugar, porque asegura unas condiciones de competencia equitativas entre todos los operadores económicos que operan en los distintos sectores que engloban la cadena de valor (id est, producción agraria, industria agroalimentaria y distribución). Y, en segundo lugar, porque permite que dichos operadores puedan adoptar mecanismos organizativos y modelos de cooperación que en última instancia contribuyen a una mejor vertebración y racionalización de la cadena.

1. Introducción

Con fecha 28 de octubre de 2009 la Comisión Europea aprobó la Comunicación “*Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa*”¹ con el objetivo de impulsar una serie de iniciativas y propuestas encaminadas a garantizar un mejor funcionamiento de la cadena de valor tras las deficiencias y disfuncionalidades evidenciadas en los últimos años. Entre estas últimas cabe destacar en particular la volatilidad y asimetría en la evolución de los precios en origen de los productos agrícolas y de los precios al consumo de los alimentos, o la existencia de conflictos entre los agentes económicos que operan en sus distintos eslabones por razón de diferencias en sus respectivos poderes de negociación.

En efecto, durante los años 2007 y 2008 se asistió a un aumento brusco de los precios de los productos agrícolas que llevó aparejado a su vez un incremento generalizado de los precios al consumo de los alimentos. A esta alza le sucedió, sin embargo, un desplome de los precios en origen de muchos productos básicos agrícolas que no se vio acompañado por descensos generalizados de los precios al consumo de los productos alimenticios. Estas fluctuaciones, motivadas por razones de orden tanto estructural (por ejemplo, número de intermediarios activos

* Las opiniones reflejadas en esta ponencia son estrictamente personales y no reflejan necesariamente la posición de la Comisión Europea.

¹COM (2009) 591 final.

a lo largo de la cadena, estructura competitiva de algunos de sus eslabones, etc.) como coyuntural (por ejemplo, evolución de la demanda de alimentos en países emergentes, malas condiciones climatológicas, etc.), junto con unos precios más elevados de los insumos agrícolas (desde la energía a los fertilizantes), ha puesto a muchos productores agrícolas en una posición financiera difícil.

Aparte de esta falta de correlación en la evolución de los precios, la Comunicación de octubre de 2009 también pone de manifiesto la existencia de importantes tensiones en las relaciones contractuales entre los distintos agentes económicos de la cadena, motivadas principalmente por la diversidad de dichos actores así como por las diferencias en su poder de negociación. Esta asimetría es de particular relevancia en el caso de los productores agrícolas que, como vendedores, se encuentran a menudo en una posición negociadora más débil respecto a otros interlocutores más fuertes, tales como la industria agroalimentaria y, en última instancia, los grandes distribuidores minoristas.

Por último, otras cuestiones sobre las que incide la Comunicación son la falta de transparencia en la formación de los precios en los distintos eslabones de la cadena, así como la fragmentación aún existente del mercado interior de productos alimenticios en la UE.

La Comunicación de octubre de 2009 es el último hito de una serie de iniciativas previas formuladas por la Comisión en las que ya se reflexionaba sobre los anteriores problemas, en concreto las Comunicaciones de mayo y diciembre de 2008 sobre los precios de los productos alimenticios en la UE,² el Informe sobre la Competitividad de la Industria Agroalimentaria Europea de marzo de 2009, o la Comunicación de julio de 2009 sobre la situación del mercado de la leche.³

Desde un punto de vista institucional, la puesta en aplicación de las distintas iniciativas que contempla la Comunicación de octubre de 2009 y a las que aludiré a continuación se enmarcará en el denominado Foro sobre la Cadena Agroalimentaria, órgano de próxima constitución presidido por la Comisión y en el que participarán representantes de los distintos agentes de la cadena agroalimentaria.

Este nuevo Foro no es sino el heredero institucional del Grupo de Alto Nivel sobre Competitividad de la Industria Agroalimentaria creado en abril de 2008,⁴

² Comunicación “*Hacer frente al reto del alza de precios de los productos alimenticios. Orientaciones para la acción de la UE*” de 20/05/2008 (COM (2008) 321 final) y Comunicación “*Los precios de los productos alimenticios en Europa*” de 9/12/2008 (COM (2008) 821 final).

³ Comunicación “*Situación del mercado de la leche y los productos lácteos en 2009*” (SEC (2009) 1050).

⁴ Decisión 2008/359/CE de la Comisión, de 28/04/2008, por la que se establece el Grupo de Alto Nivel sobre Competitividad de la Industria Agroalimentaria (DO L 120, de 7/05/2008, p. 15).

razón por la cual la Comunicación prevé ampliar el alcance, mandato y número de miembros de este último.

2. Iniciativas de la Comunicación de octubre de 2009 para mejorar el funcionamiento de la cadena agroalimentaria

La Comunicación de octubre de 2009 contempla tres grandes bloques de iniciativas transversales con los objetivos de: promover relaciones de mercado sostenibles entre las partes que operan a lo largo de la cadena de valor, incrementar la transparencia de esta última a fin de impulsar la competencia y mejorar su resistencia frente a la inestabilidad de precios, y mejorar su integración y competitividad.

La **promoción de relaciones de mercado sostenibles entre las partes que operan a lo largo de la cadena** tiene como fin principal eliminar o regular las tensiones y demás conflictos de orden contractual que, como he señalado, puedan existir entre los distintos operadores económicos (id est, productores agrarios, transformadores y demás empresas agroalimentarias, mayoristas y otros intermediarios, o distribuidores minoristas). A tales efectos, la Comunicación recuerda la necesidad de distinguir entre dos tipos de prácticas que pueden afectar de manera negativa el buen funcionamiento de la cadena de valor: por un lado, las prácticas comerciales desleales, y por otro lado, las prácticas restrictivas de la competencia.

Las prácticas comerciales desleales resultan esencialmente de una asimetría en el poder de negociación de las partes en virtud del cual el operador más fuerte suele imponer acuerdos o cláusulas contractuales en beneficio propio y en detrimento de la otra parte. Ejemplos de estas prácticas son, entre otros, la morosidad en la realización de pagos, las modificaciones unilaterales de contratos, los cambios específicos en las condiciones contractuales, las obligaciones de pago por servicios no prestados, etc. Estas situaciones derivadas de la existencia de desequilibrios contractuales no siempre plantean necesariamente un problema de “poder de mercado” desde el punto de vista del Derecho Europeo de la Competencia. Por su parte, las prácticas restrictivas de la competencia tienen una dimensión que va más allá de la esfera privada de negociación de las partes en la medida en que afectan o pueden afectar el propio proceso competitivo de la cadena en perjuicio en última instancia de los consumidores. Aparte de prácticas especialmente graves como los cárteles o la imposición de los precios de reventa por parte de un suministrador a sus distribuidores, la Comunicación identifica asimismo otra serie de conductas que requerirían un análisis detallado de sus potenciales efectos anticompetitivos en el sector agroalimentario, tales como los acuerdos de comercialización conjunta, los obligaciones de compra vinculada por operadores en posición de dominio, los acuerdos de compra conjunta y el

creciente uso de productos de marca blanca por parte de distribuidores minoristas.

Los mecanismos que la Comunicación contempla para luchar contra unas y otras prácticas son distintos. Así, en lo que se refiere a las prácticas contractuales desleales, la Comunicación prevé mecanismos de cooperación entre la Comisión y los Estados miembros, que incluyen:

- El intercambio de información sobre la legalidad y equidad de cláusulas contractuales utilizadas habitualmente.
- La puesta en marcha de campañas de sensibilización a fin de informar a los agentes económicos de sus derechos contractuales.
- El intercambio de mejores prácticas relativas a la notificación de este tipo de cláusulas a organismos tales como un *Ombudsman* u otras autoridades específicas.

Asimismo, se prevé que a nivel comunitario la Comisión colabore con las partes interesadas para preparar modelos de contrato, de utilización voluntaria, que tengan en cuenta la diversidad de la cadena. Esta es una medida de especial relevancia para sectores como el agrario, que suelen caracterizarse por una falta generalizada de formalización contractual de las relaciones económicas entre los operadores.

Respecto a la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia que puedan afectar el buen funcionamiento de la cadena alimentaria, la Comunicación contempla que la Comisión intensificará su cooperación con la Red de Autoridades de Competencia “REC” con el objeto de entablar un intercambio permanente de información, una rápida identificación de los casos problemáticos y una división eficaz de las tareas entre sus miembros. Se prevé así la creación de equipos de trabajo conjuntos en el marco de la REC a fin de examinar prácticas y mercados agroalimentarios específicos. Un ejemplo de esta estrecha colaboración es el Equipo de Trabajo Conjunto sobre la Leche que se puso en funcionamiento en octubre de 2009 con el objeto de analizar en detalle la estructura y funcionamiento del sector lechero en los distintos Estados miembros de la UE.

En lo que se refiere al segundo bloque de iniciativas que la Comunicación contempla para **incrementar la transparencia a lo largo de la cadena agroalimentaria**, la Comunicación prevé como propuestas principales la mejora de la supervisión y de la transparencia global de los mercados de derivados de *commodities* agrícolas, la creación de un instrumento de supervisión a nivel europeo de los precios de los alimentos (cuyo funcionamiento requerirá la cooperación de los diferentes institutos nacionales de estadística), y la recomendación a los Estados miembros de contar con servicios on-line de comparación de los precios

minoristas de los productos alimenticios.

Por último, en relación con el tercer bloque de medidas encaminadas a la **mejora de la integración y la competitividad de la cadena agroalimentaria**, la Comunicación hace especial referencia a las eventuales restricciones territoriales impuestas por proveedores multinacionales que limitan las posibilidades de abastecimiento transfronterizo de distribuidores minoristas o mayoristas. Se contempla así que la Comisión evaluará qué medidas cabe adoptar respecto a este tipo de prácticas en los casos en los que den lugar a ineficiencias económicas y se opongan a los principios básicos del mercado interior. Otras propuestas contempladas para la mejora de la integración de la cadena de valor incluyen la revisión de las normativas sobre etiquetado y de carácter medioambiental que puedan obstaculizar el comercio transfronterizo de alimentos, así como una mayor armonización de la normativa europea sobre seguridad alimentaria.

De especial relevancia para el tema que nos ocupa en la jornada de hoy es la medida que se propone para promover y facilitar la reestructuración y consolidación del sector agrario, en concreto, impulsando la creación voluntaria de organizaciones de productores agrarios tanto en el contexto de la política de desarrollo rural como en el ámbito más amplio de la reforma de la Política Agrícola Común “PAC” en el año 2013.

Este llamamiento a la reestructuración y consolidación del sector agrario no olvidemos que caracterizado en muchos Estados miembros por una estructura altamente atomizada y fragmentada cuenta con un instrumento básico en el Derecho Europeo de la Competencia. En efecto, en un entorno de mayor y progresiva competencia en los mercados agrarios internacionales y en un contexto en el que los productores agrícolas deben mejorar tanto su competitividad como su eficiencia, la normativa europea de competencia es una herramienta que ofrece mecanismos organizativos y de cooperación que pueden contribuir a hacer frente con éxito a estos desafíos, complementando las restantes medidas estructurales y de apoyo disponibles para los productores agrarios al amparo de la PAC.

3. Interrelación entre el Derecho Europeo de la Competencia y la PAC: marco jurídico aplicable⁵

Antes de analizar cómo el Derecho Europeo de la Competencia puede contribuir a la reestructuración y consolidación del sector agrícola, resulta necesario realizar

⁵ Las explicaciones contenidas en las Secciones III y IV siguientes aparecen recogidas con mayor detalle en el Documento de Trabajo de la Comisión Europea “*The interface between EU competition policy and the Common Agriculture Policy (CAP): competition rules applicable to cooperation agreements between farmers in the dairy sector*” de 16/02/2010, así como en la nota divulgativa “*How EU competition policy helps dairy farmers in Europe*”, también de febrero de 2010. Ambos documentos están publicados en la página web de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea.

unas breves precisiones previas sobre el marco jurídico que regula la aplicación de dicha normativa en este sector.

Dicho marco jurídico viene determinado por el artículo 42 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea “TFUE”, en virtud del cual las normas europeas de competencia se aplicarán al sector agrícola en la medida que determinen las dos Instituciones europeas que gozan de capacidad legislativa, esto es, el Consejo y el Parlamento Europeo. Esta aplicación también está condicionada al respeto de los objetivos de la PAC establecidos en el artículo 39 del TFUE y que incluyen:

- incrementar la productividad agrícola, fomentado el progreso técnico y asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra,
- garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura,
- estabilizar los mercados,
- garantizar la seguridad de los abastecimientos, y
- asegurar al consumidor suministros a precios razonables.

Aun cuando podría considerarse de lo anterior que existe una supeditación de los fines de la política europea de competencia a los objetivos perseguidos por la PAC, no es menos cierto que el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados agrícolas forma parte expresa de estos mismos objetivos, tal y como ha tenido oportunidad de reconocer la jurisprudencia europea (vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, asunto C-137/00, *Milk Marque*).⁶

Sobre la base de las anteriores disposiciones contenidas en el Tratado, dos actos básicos regulan actualmente la interrelación entre la normativa europea de competencia y el sector agrario: el Reglamento (CE) 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas, y el Reglamento (CE) 1234/2007, de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas “Reglamento único para las OCM”.

Ambos Reglamentos contemplan con carácter general la aplicación de la normativa europea de la competencia en el sector agrícola, aun cuando reconocen una serie de excepciones limitadas a dicha aplicación (id est, artículo

⁶ Rec. 2003, p. I-07975, apartados 57 y siguientes.

2 del Reglamento 1184/2006 y 176 del Reglamento único para las OCM, respectivamente). Estas excepciones, que ya estaban previstas en el primer Reglamento (CEE) 26/62, de 4 de abril de 1962, que regulaba la aplicación de la normativa europea de competencia al sector agrario, se refieren a tres categorías específicas de acuerdos que escapan del ámbito del artículo 101 del TFUE.⁷

La primera categoría comprende los **acuerdos, decisiones y prácticas que formen parte integrante de una organización nacional de mercado**. Esta excepción resulta de limitada relevancia a fecha de hoy al estar cubiertos la mayoría de los productos agrícolas por la OCM existente a nivel europeo que ha reemplazado a la mayoría de las organizaciones nacionales de mercado en los distintos Estados miembros.⁸

La segunda excepción a la aplicación de las normas de competencia cubre los **acuerdos, decisiones y prácticas que sean necesarios para la consecución de los objetivos de la PAC** enunciados en el artículo 39 del TFUE. Al igual que en el caso anterior, la relevancia de esta segunda excepción es marginal. En efecto, los Tribunales Europeos y la práctica decisoria de la Comisión han seguido un enfoque restrictivo a este respecto al estimar que el acuerdo en cuestión, para beneficiarse de esta excepción, debe ser necesario para la consecución de todos los objetivos de la PAC, y no sólo de algunos de ellos. Asimismo, esta misma línea interpretativa ha confirmado que si el acuerdo en cuestión no está previsto o amparado por las reglas de una organización común de mercado no puede considerarse “necesario” para la consecución de los objetivos del artículo 39 del Tratado.⁹

Por último, la última y tercera excepción prevista requiere tres condiciones cumulativas para su aplicación. En concreto, el acuerdo: debe ser concluido entre **agricultores, asociaciones de agricultores o asociaciones de asociaciones de agricultores pertenecientes a un solo Estado miembro**, debe tener por objeto la **producción o la venta de productos agrícolas, o la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas**, y **no puede implicar la obligación de aplicar un precio determinado, excluir la competencia o poner en peligro los objetivos de la PAC**. La obligación de que deban cumplirse estas tres condiciones de manera cumulativa ha determinado que la relevancia de esta tercera excepción haya sido asimismo limitada en la práctica. De esta manera, los precedentes existentes

⁷ El artículo 102 del TFUE no resulta afectado por estas excepciones por lo que es de plena aplicación en el sector agrícola.

⁸ La aplicación de esta excepción fue reconocida por ejemplo en relación con la organización nacional del mercado de patatas en Francia mediante Decisión de la Comisión de 18.12.1987, As. IV/31.735, *Patatas tempranas* (DO L 59 de 4/03/1988, p. 25).

⁹ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14/05/1997, As. acumulados T-70/92 y T-71/92, *Florimex*, Rec. 1997, p. II-00693; Decisión de la Comisión de 14/12/1998, As. IV/35.280, *Sicasov* (DO L 4 de 8/01/1999, p. 27).

han excluido expresamente su aplicación si en el acuerdo en cuestión participan terceras partes u operadores que no sean agricultores, o si aquél incluye negociaciones o discusiones sobre precios.¹⁰

Si las anteriores excepciones quedan excluidas, el artículo 101 del TFUE resulta de plena aplicación en el sector agrícola para analizar la compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos o prácticas entre productores agrarios, siempre que los mismos sean susceptibles de afectar al comercio intracomunitario. Ello es así puesto que, no olvidemos, el artículo 101 del TFUE sólo se aplica a acuerdos de cooperación entre competidores en la medida en que puedan afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros. Esta noción de condicionalidad viene definida en las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado,¹⁰ en las que se prevé una presunción de no afectación al comercio intracomunitario si las partes en el acuerdo en cuestión tienen una cuota de mercado combinada de menos del 5% y su volumen de negocios total en la UE correspondiente a los productos cubiertos por el acuerdo es inferior a 40 millones de euros. Por encima de estos umbrales, se requerirá un examen más detallado y caso por caso para determinar hasta qué punto un acuerdo puede tener un nivel mínimo de efectos transfronterizos. De llegar a la conclusión de que no existen tales efectos (por ejemplo, porque el acuerdo es de dimensión meramente local) y no ser por consiguiente aplicable el Derecho Europeo de la Competencia, el mismo seguirá no obstante sujeto a las normativas nacionales de competencia de los Estados miembros cuya aplicación resulte relevante.

4. El Derecho Europeo de la Competencia como instrumento jurídico de apoyo al sector agrícola

Una vez hechas las anteriores precisiones acerca del marco jurídico básico que regula la aplicación del Derecho Europeo de la Competencia al sector agrario, desearía centrar el resto de mi exposición en el análisis de cómo esta normativa puede articularse como un instrumento de apoyo para los productores agrícolas a la hora de mejorar su eficiencia en la cadena agroalimentaria y contribuir a una mejor organización y vertebración de este ámbito económico.

A este respecto, el Derecho Europeo de la Competencia puede ayudar a los productores agrícolas al menos de dos maneras: en primer lugar, protegiéndoles contra prácticas anticompetitivas que puedan limitar su acceso a clientes y mercados potenciales y, en segundo lugar, proporcionando un marco normativo estable que permite el desarrollo de formas sostenibles de cooperación que pueden contribuir a mejorar la eficiencia económica de los agricultores y, en última instancia, su poder de negociación frente a otros interlocutores.

¹⁰ DO C 101 de 27/04/2004, p. 81.

4.1. Instrumento de protección frente a prácticas anticompetitivas en mercados agrícolas

Con respecto al primer objetivo, resulta necesario señalar que la correcta aplicación de las normas de competencia por parte de las Autoridades de Competencia (ya sea a escala europea o nacional) garantiza que los productores agrícolas estén protegidos contra prácticas o conductas restrictivas que pueden distorsionar la competencia en los mercados agrícolas. En efecto, hay muchas situaciones en las que los intereses de los productores agrícolas pueden verse perjudicados por dichas prácticas o conductas. Por ejemplo, si varios compradores (ya sean empresas agroalimentarias o distribuidores minoristas) acordasen entre ellos un precio máximo para la compra de productos agrícolas, los productores agrícolas perderían todo margen de negociación para obtener precios más altos por sus productos. Otro ejemplo puede ser la imposición por uno o más compradores con poder de mercado de condiciones exclusivas de venta que impedirían a los agricultores vender sus productos a otros compradores que, a su vez, perderían acceso a una fuente alternativa de abastecimiento. También encontramos otro ejemplo en los acuerdos de reparto de mercados o de limitación de la producción concluidos entre agricultores que afectarían de manera muy negativa a otros productores competidores.

El Derecho de la Competencia ayuda a prevenir éstas y otras muchas situaciones anticompetitivas que suponen un perjuicio para los agricultores y, en última instancia, los consumidores. La aplicación de las normas de competencia garantiza por consiguiente unas condiciones de mercado equitativas con el fin de que todos los productores agrícolas tengan las mismas oportunidades en el desarrollo de sus actividades.

4.2. Instrumento que promueve modelos sostenibles de cooperación entre productores agrícolas

En segundo lugar, al regular las condiciones bajo las cuales los agricultores pueden cooperar entre sí dentro de organizaciones de productores y otros tipos de asociaciones, la normativa europea de competencia proporciona a aquéllos un marco jurídico estable para desarrollar formas sostenibles de cooperación que les permiten aumentar su eficacia y mejorar su posicionamiento en el mercado. Estas formas de cooperación vienen amparadas por la normativa aplicable a los acuerdos de cooperación horizontal entre competidores, en concreto, el Reglamento (CE) 2658/2000, de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización,¹¹ y las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del

¹¹ DO L 304 de 5/12/2000, p. 3.

Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal¹² “Directrices Horizontales”. Dos tipos de acuerdos de cooperación son de particular relevancia a este respecto para los productores agrícolas: los acuerdos de producción en común y los acuerdos de comercialización conjunta.

Acuerdos de producción en común:

La producción en común, cualquiera que sea su alcance y forma, implica una integración de actividades económicas o activos entre las empresas participantes. En el sector agrícola los acuerdos de producción conjunta pueden estructurarse en diversas formas y niveles, desde la cooperación en la fase ascendente de la cadena de suministro (por ejemplo, mediante la explotación de instalaciones comunes para la recolecta de productos agrícolas) hasta la integración de actividades en la transformación y comercialización conjuntas de dichos productos.

Un ejemplo típico de acuerdo de producción en común en este ámbito son las **cooperativas agrícolas**, mediante las que los agricultores agrupan sus producciones complementarias con el objeto en muchos casos de procesar o transformar productos agrícolas (por ejemplo, en el caso de las cooperativas lecheras, leche de larga duración, mantequilla, leche en polvo, queso, etc.). Estos productos se venden a un precio decidido por la cooperativa, con lo que sus miembros reciben la misma retribución en función de la calidad de sus suministros.

El modelo organizativo cooperativista implica importantes eficiencias económicas puesto que permite a los pequeños agricultores, mediante la explotación de unas instalaciones y activos conjuntos, agrupar sus producciones individuales en cantidades más grandes, cubriendo así las necesidades de los grandes compradores que pueden no querer tratar con un gran número de proveedores. La jurisprudencia de los Tribunales Europeos ha reconocido expresamente a las organizaciones cooperativas como estructuras pro-competitivas que contribuyen a la modernización y consolidación del sector agrícola. Así, en su Sentencia de 12 de diciembre de 1995, asunto C-399/93, *Oude Luttikhuis*,¹³ el Tribunal de Justicia señaló que la forma jurídica específica de sociedad cooperativa es un factor de normalización y racionalización del sector agrícola que aumenta la eficacia de las empresas. El mismo enfoque lo encontramos en la Sentencia de 14 de mayo de 1997, asuntos acumulados T-70/92 y T-71/92, *Florimex*,¹⁴ en la que el Tribunal General estableció que la concentración de la oferta realizada en el marco de una cooperativa contribuye a la mejora de las estructuras de comercialización, al permitir a gran número de pequeños productores participar en el proceso

¹² DO C 3 de 6/01/2001, p. 2.

¹³ Rec. 1995, Page I-04515, apartado 12.

¹⁴ Rec. 1997, p. II-697, apartado 161.

económico a una escala que rebasa el ámbito regional.¹⁵

Esta valoración inicialmente positiva de las sociedades cooperativas como un tipo específico de acuerdos de producción conjunta se extiende asimismo a las decisiones que los miembros de la cooperativa adopten sobre los volúmenes de producción o la determinación de los precios y objetivos de venta de los productos agrícolas, siempre que se prevea la distribución conjunta de los mismos. No se presume que estas decisiones conjuntas sobre los precios y la producción sean ilegales en la medida en que se consideran directamente relacionadas y necesarias para la aplicación del propio acuerdo de producción conjunta, esto es, para la creación y funcionamiento efectivo de la cooperativa.¹⁶

No obstante, esta evaluación favorable con carácter general de las cooperativas está sujeta a determinados límites con el objeto de evitar la acumulación de un poder de mercado significativo en este tipo de entidades. Se prevé que no se da tal situación si la cuota de mercado de una cooperativa no excede del 20% (o, en su caso, del 15% si su actividad no es la transformación y procesamiento de productos agrícolas sino que se limita a la comercialización conjunta de estos últimos).¹⁷ Por encima de este umbral no hay presunción de ilegalidad, pero será preciso evaluar en cada caso los potenciales efectos restrictivos así como pro-competitivos derivados de la creación de una cooperativa. Por último, las normas de competencia también garantizan que se mantenga una competencia efectiva a nivel horizontal entre este tipo de entidades, de manera que los productores miembros de una cooperativa puedan dejar la misma sin dificultad para devenir miembros de otra cooperativa competidora o, en su caso, vender parte de su producción agrícola a través de otros canales de distribución competidores.

Acuerdos de comercialización conjunta:

La normativa europea de competencia también permite, bajo ciertas condiciones, la comercialización conjunta de productos agrícolas a través de organizaciones o asociaciones intermediarias que, al contrario que las cooperativas, no conllevan una integración en la fase de producción o transformación, sino que se limitan a la distribución o venta en común de dichos productos.

Generalmente estos acuerdos se aceptan si no implican, directa o indirectamente, una fijación de los precios de venta y los agricultores que participan en el acuerdo tienen una cuota de mercado no superior al 15%.¹⁸ Por encima de este umbral de cuota de mercado, no se supone que el acuerdo es ilegal, pero será necesaria una

¹⁵ En este mismo sentido vid. asimismo la sentencia del Tribunal de Justicia de 15/12/1994, as. C-250/92, *Dansk Landbrugs Grovvarereselskab Amba (DLG)*, Rec. 1994, p. I-05641, apartado 30 y ss.

¹⁶ Artículo 5.2 del Reglamento 2658/2000.

¹⁷ En tal caso, el análisis de la estructura cooperativista se realizará con arreglo a los criterios aplicables a los acuerdos de comercialización conjunta (vid. *infra*).

¹⁸ Directrices Horizontales, apartados 148 y siguientes.

evaluación de cada caso concreto. Un ejemplo de comercialización conjunta sin fijación de precios en el sector agrario lo encontramos en aquellos casos en los que los agricultores designan a un tercero independiente como agente comercial que actúe en su nombre. Este tipo de acuerdos son aceptados bajo la normativa europea de competencia siempre que los agricultores no intercambien información sobre precios entre sí y no se utilice al agente como una mera tapadera para realizar prácticas colusorias sobre precios y estrategias de comercialización.

Por su parte, los acuerdos entre competidores que impliquen una fijación de precios de los productos comercializados conjuntamente conllevan serios riesgos en la medida en que pueden dar lugar a una forma de cártel prohibida por la normativa de competencia. Sin embargo, hay casos excepcionales en los que un acuerdo de comercialización, aun cuando conlleve una fijación de precios, puede ser aceptable si el mismo genera eficiencias económicas cuya consecución sólo es posible mediante la aplicación de un precio común. Tal es el caso por ejemplo:¹⁹ si un comprador importante no quiere tratar con una multitud de precios y solicita un precio de venta único, o si los agricultores acuerdan lanzar conjuntamente un nuevo producto, como una marca común, y tal iniciativa solamente puede prosperar si se normalizan todos los aspectos de la comercialización, incluido el precio.

Al igual que en el caso anterior, esta evaluación favorable solamente se aplica, sin embargo, si los agricultores que se agrupan en el acuerdo no detentan un poder de mercado significativo, lo que suele suceder si su cuota de mercado no excede del 15%. Por encima de tal umbral, será necesario realizar un análisis individual caso por caso con el objeto de determinar las potenciales restricciones a la competencia que se podrían generar de este tipo de acuerdos.

5. Acuerdos de cooperación con otros agentes activos en la cadena agroalimentaria (organizaciones interprofesionales agrícolas)

Desearía hacer, por último, una breve referencia a otras estructuras organizativas que permiten cooperar a los productores agrícolas con otros operadores activos a lo largo de la cadena agroalimentaria (id est, industria de transformación y distribución).

Estas formas de cooperación tienen un tratamiento específico en el sector agrario en el marco de las organizaciones interprofesionales. El Reglamento único para las OCM contempla disposiciones específicas para la creación de este tipo de organizaciones en determinados sectores, como el de las frutas y verduras, vino, aceite de oliva, tabaco y algodón. Asimismo, este mismo Reglamento permite a los Estados miembros, sobre la base del Derecho Nacional, reconocer

¹⁹ *Ídem*, apartados 151 y siguientes.

organizaciones interprofesionales en otros sectores agrarios a fin de reunir en un mismo modelo organizativo a empresas o asociaciones que realicen actividades económicas vinculadas a la producción, transformación y comercialización de productos agrarios.

Sin perjuicio de que el Reglamento único para las OCM excluye la aplicación del artículo 101 del TFUE a determinados acuerdos específicos concluidos en el seno de organizaciones interprofesionales (por ejemplo, entre otros, en sus artículos 176 bis para el sector de las frutas y hortalizas o 177 para el sector del tabaco), es necesario precisar que dicha excepción no cubre en ningún caso el uso de este tipo de entidades como un instrumento para facilitar la adopción de acuerdos claramente anticompetitivos, como serían aquéllos relativos a la fijación de precios, reparto de mercados o restricciones a la producción.

6. Conclusión

Quisiera acabar mi intervención resaltando una vez más el papel clave que juega el Derecho de la Competencia en el sector agroalimentario. Su aplicación efectiva, junto con la puesta en marcha de otras medidas que contribuyan a garantizar unas relaciones sostenibles entre los operadores económicos así como una mayor transparencia y competitividad de la cadena de valor, son aspectos esenciales para garantizar un buen funcionamiento de esta última.

En este contexto, y en lo que se refiere al sector agrícola en particular, el Derecho de la Competencia no puede ser visto como un impedimento que dificulte la requerida reestructuración y consolidación de este sector. Al contrario, al permitir fórmulas y mecanismos flexibles de organización y cooperación entre los productores agrícolas que contribuyen a su vez a generar eficiencias económicas en el mercado, la normativa de competencia debe ser considerada como parte intrínseca de la solución a las dificultades que puedan afectar a este sector económico tan relevante para nuestra economía.

2. LAS PECULIARIDADES Y ESPECIFICIDADES PROPIAS DE LOS MERCADOS AGROALIMENTARIOS Y SU CONTRASTE CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

PONENTE: **JAVIER GUILLEM CARRAU**
(LETRADO DE LES CORTS VALENCIANES)

Tabla de contenido

- 1. Introducción**
- 2. Caracteres comunes de la estructura de los mercados agroalimentarios**
- 3. Breve referencia al marco jurídico de las normas de competencia y el sector agroalimentario**
 - 3.1. Introducción del marco jurídico de la política de competencia
 - 3.2. El sector agroalimentario en el marco de las normas de competencia
- 4. Particularidades asociadas a los operadores del mercado**
- 5. Singularidades asociadas a las conductas y decisiones sectoriales**
 - 5.1. Supuestos y prácticas de conductas colusorias autorizadas
 - 5.1.1. Los acuerdos de cooperación producción y venta conjunta y comercialización
 - 5.1.2. Los códigos de conducta
 - 5.1.3. Los acuerdos interprofesionales
 - 5.1.4. Las orientaciones de precios
 - 5.2. Prácticas prohibidas
 - 5.2.1. La fijación de precios de origen, de precios mínimos y de precios máximos
 - 5.2.2. Las bonificaciones o descuentos uniformes vinculados
 - 5.2.3. La recomendación colectiva de precios
 - 5.2.4. Los acuerdos relativos a la extensión de la norma de calidad
 - 5.2.5. Los acuerdos relativos a los cupos de venta, las cuotas y los planes de producción
 - 5.2.6. La práctica comercial de los precios a resultas
 - 5.2.7. Las normas y las actuaciones de la Administración
 - 5.3. El debate sobre la posible posición dominante colectiva de la gran distribución
- 6. Objetivos sectoriales y perspectivas**

1. Introducción

Las singularidades de los mercados agroalimentarios ante el Derecho de la Competencia es un tema de gran actualidad¹. Quizá la complejidad de estos mercados es uno de los factores de la dificultad de aproximación a las situaciones que, con relevancia para el Derecho, se producen en este sector económico, de gran importancia en la Unión Europea.

Partiendo de este hecho, la identificación de los caracteres comunes de la estructura de los mercados agroalimentarios es de gran interés desde el prisma del Derecho de la Competencia.

Las particularidades asociadas a los operadores del mercado agroalimentario permiten analizar una serie de singularidades asociadas a las conductas y decisiones sectoriales cuya viabilidad ha sido objeto de atención por parte de las autoridades públicas responsables de la Defensa de la Competencia.

En este contexto, uno de los retos sectoriales es lograr unas mejores condiciones de competencia en el sector por medio del fortalecimiento de la posición de la oferta. Es decir, se revisan un conjunto de actuaciones, compatibles con la normativa en vigor, para favorecer un posicionamiento más seguro del productor y el transformador de productos agroalimentarios frente al alto grado de concentración de la distribución minorista. Por ello, se propone la revisión de viejas recetas necesitadas de nuevos impulsos.

2. Caracteres comunes de la estructura de los mercados agroalimentarios

El producto y el territorio son los elementos clave para examinar los caracteres comunes de la estructura de cualquier tipo de mercados y, en consecuencia, también de los mercados agroalimentarios². Esta estructura ha sido objeto de

¹El presente documento sirvió de base para la preparación la intervención del 6 de mayo de 2010 Singularidades de los mercados agroalimentarios ante el Derecho de la competencia” en la Jornada “EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EL SECTOR AGROALIMENTARIO EN LA COMUNIDAD VALENCIANA”, organizadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana. De acuerdo con lo anterior, quiero manifestar el agradecimiento por la invitación a participar en la Jornada y la felicitación, en particular, a Presidente y los vocales del TDCCV por la organización de la misma.

²El método más adecuado de análisis para analizar con profundidad la cuestión puede ser el propuesto por la OCDE en su documento Guía Práctica para la Evaluación de la Competencia (accesible el 18/05/2010 en <http://www.oecd.org/dataoecd/15/46/39680183.pdf>). En primer lugar, se propone la definición de mercados relevantes (mercado de productos y mercados geográficos). En segundo lugar, se realiza el análisis del marco normativo y de las características económicas. En tercer lugar, se abordan las conductas restrictivas de la competencia en los mercados, separando el examen de las conductas colusorias, los abusos de posición de dominio y los actos de competencia desleal de las conductas que limitan la competencia dinámica (barreras normativas, estructurales y derivadas del comportamiento sectorial). Otras guías metodológicas que han sido publicadas en nuestro ámbito son las siguientes: “Estudios de competencia y análisis de mercados”, Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (accesible el 18/05/2010, en www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia); “Una metodologia per l’anàlisi de la competència en els mercats de productes. Lliçons de l’experiència comparada” Joan Ramon Borrel i Tribunal Català de Defensa de la Competència, Generalitat de Catalunya, 2006.

análisis por las Instituciones europeas recientemente. Ejemplo de ello son la Comunicación de la Comisión Europea “Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa”³, el documento de trabajo previo de los Servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación⁴ y el Informe del Grupo de Alto Nivel de competitividad de las industrias agroalimentarias⁵. Estos documentos abordan la identificación de los elementos claves de la estructura de los mercados agroalimentarios y contienen una serie de consideraciones en torno a la demanda, la oferta, el precio y la definición de mercado de gran utilidad a estos efectos.

Así, el primero de los elementos a destacar es la **demanda**. Como es conocido, la demanda en los mercados agroalimentarios se caracteriza por un alto grado de concentración, por estar localizada y ser permanente. En algunos casos, se ha llegado a afirmar la existencia de un oligopolio de la distribución. Esta situación pone de manifiesto cierto paralelismo en la fijación de precios, en la negociación con proveedores y en la subcontratación de productos de fabricantes para su reventa con marca blanca⁶.

Desde el prisma de la demanda, se afirma la existencia de un valor comercial en permanente ascenso motivado por la gran variedad de productos finales y la atención de la demanda diferenciada de los consumidores en términos de calidad⁷.

En segundo lugar, respecto a la **oferta**, se identifica un alto grado de desconcentración y atomización. Este grado de apertura de la oferta se agrava, desde el punto de vista descriptivo, por el hecho de ser una oferta deslocalizada, que se caracteriza por su dispersión geográfica, y fluctuante, que depende del ritmo de las estaciones y de los fenómenos climáticos.

Por ello, se atribuye a la oferta un valor comercial débil, sobre la base de la ausencia de elasticidad a corto plazo ya que el producto agroalimentario es habitualmente un producto perecedero y no almacenable, como es el caso de

³Comunicación de la Comisión al PE, al Consejo, al CESE y al CdR “Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa”, Bruselas, 28/10/2009 ICOM(2009)591 final, accesible el 18/05/2010 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0591:FIN:ES:PDF>

⁴Documento de trabajo de la Comisión “Competition in the food supply chain”, Bruselas, 28/10/2009, SEC (2009) 1449 accesible el 18/10/2010 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:1449:FIN:ENPDF>

⁵Report on the competitiveness of the European Agro-food Industry, High Level Group, DG Enterprise and Industry, accesible el 18/05/2010 en: http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=2604&userservice_id=1.

⁶Por la doctrina académica se ha puesto de manifiesto la evolución histórica del comercio interior en España del comercio tradicional a la distribución masiva y sus consecuencias en las características básicas de la misma. Entre otros, véase: CASARES RIPOL, J. y REBOLLO ARÉVALO, A.: Distribución comercial, Civitas, 2000, p. 231 y ss.

⁷BOMBAL DÍAZ, I.: “Coexistencia de las políticas de competencia y vertebración sectorial en el sector agroalimentario” Ponencia en la 1ª Jornada sobre competencia en el sector agroalimentario organizadas por el Ministerio de Medio Ambiente, Rural y Marino accesible el 18/05/2010 en: http://www.mapa.es/ministerio/pags/jornadas_pac/jornada04/ponencia5.pdf

las producciones agroalimentarias que se comercializan en fresco⁸. De igual modo, otro factor destacable de la oferta es su lenta adaptación a las demandas diferenciadas.

En tercer lugar, en cuanto al **precio** en los mercados agroalimentarios, éste se encuentra condicionado en algunos sectores por la intervención pública, aunque ésta es cada vez menor por la tendencia del legislador comunitario hacia la eliminación de los mecanismos de mercado asociados al precio del marco jurídico de la Organización Común de Mercado única para converger con las obligaciones de la UE en la Organización Mundial del Comercio⁹. Otro de los factores que singularizan el precio de las producciones agroalimentarias es la existencia de la negociación directa productor/corredor/industrial/distribución. Este aspecto marca un alto grado de volatilidad del precio en origen¹⁰.

Por último, en cuanto al precio, los mercados agroalimentarios ofrecen un grado de transparencia peculiar respecto a los precios debido a la gran proliferación de estadísticas de precios agrarios y observatorios de referencia¹¹.

Como señalan Compés y Álvarez Coque, la agricultura ha sido considerada tradicionalmente el paradigma de la competencia perfecta: un sector con muchas empresas y productos homogéneos. En estas condiciones, los agricultores tienen que aceptar el precio (único) del mercado y sus beneficios en el largo plazo no superan los beneficios del promedio de los sectores económicos. Para superar esta limitación “natural” característica de numerosos mercados agrícolas, una estrategia posible consiste en introducir innovaciones en el producto que permitan su diferenciación entre los consumidores, de forma que los productores puedan aplicar precios más altos. La diferenciación conlleva cambios en el producto y un sistema de identificación vía marcas privadas o colectivas. La doctrina académica afirma que esta estrategia proviene de la agroindustria y/o la gran distribución, por lo que sólo suelen participar en ella las explotaciones agrícolas integradas en cadenas de valor¹².

⁸GARCÍA-AZCÁRATE, T.: Fruit and vegetable sector- CMO and competition, Qualified success of POs, Ponencia en la 1ª Jornada sobre competencia en el sector agroalimentario organizadas por el Ministerio de Medio Ambiente, Rural y Marino accesible el 18/05/2010 en http://www.mapa.es/ministerio/pags/jornadas_pac/jornada04/ponencia4.pdf

⁹COMPES LOPEZ. R. y GARCÍA-ÁLVAREZ COQUE, J.M.: La reforma de la PAC y la agricultura española: alternativas y oportunidades para España, nº 40/2009, OPEX- Fundación Alternativas, p. 62 y ss., accesible el 18/05/2010 en [http://www.falternativas.org/opex/documentos-opex/documentos-de-trabajo/\(search\)/simple](http://www.falternativas.org/opex/documentos-opex/documentos-de-trabajo/(search)/simple).

¹⁰ Cesarini, P.: “ensuring a well functioning food supply chain in Europe: recent Commission initiatives and the role of Competition Authorities” Ponencia en la 1ª Jornada sobre competencia en el sector agroalimentario organizadas por el Ministerio de Medio Ambiente, Rural y Marino accesible el 18.5.2010 en http://www.mapa.es/ministerio/pags/jornadas_pac/jornada04/ponencia2.pdf.

¹¹Véase, por ejemplo, <http://www.mapa.es/es/ministerio/pags/observatorio/OrganizacionEstructura.htm> y las ponencias de Seminario II sobre ‘Análisis y situación actual del marco legal de los precios de la cadena alimentaria’ (Madrid, 15 de junio de 2007), que se encuentran disponibles en la misma dirección; y XIA T. Y SEXTON R.J.: “Can processors use contracts to influence Farm Cash Prices? The competitive implications of Top-of-the-market and related pricing clauses”, Department of Agriculture, University of California, 2002.

¹²COMPÉS LÓPEZ. R. y GARCÍA-ÁLVAREZ COQUE, J.M.: La reforma de la PAC..., p. 29.

En definitiva, otro elemento clave de análisis en Derecho de la Competencia es la noción de mercado relevante¹³ y de poder de mercado¹⁴. La definición de mercado agroalimentario debe partir de dos factores: el producto y el elemento geográfico, pero cuando se atiende a esta cuestión la apreciación de este mercado no es del todo coherente por parte de las autoridades de Defensa de la Competencia. A modo de ejemplo, cabe reseñar dos decisiones de la autoridad francesa de la competencia que, respecto a la coliflor concluyó la definición de mercado comunitario (Decisión 5-D-10, 15/03/2005) y respecto a las fresas consideró que el mercado era nacional (Decisión 3-D-36, de 29/07/2003)¹⁵.

3. Breve referencia al marco jurídico de las normas de competencia y el sector agroalimentario

3.1. Introducción del marco jurídico de la política de competencia

La política de competencia tiende a garantizar que las empresas pueden competir en el mercado en idénticas oportunidades lo que repercute también en los consumidores que reciben productos y servicios en las mejores condiciones cuando dicha competencia está garantizada. La presión de la libre competencia lleva a algunos operadores a desarrollar acuerdos concretos sobre precios o reparto de mercados o a realizar determinadas concentraciones que suponen, en definitiva, restricciones al acceso a los mercados u obstáculos a otros competidores. También afecta a la libre competencia la concesión de las ayudas públicas o subvenciones así como la participación en los mercados de las empresas públicas. Por ello, la finalidad de las reglas de competencia es garantizar unas condiciones óptimas de mercado para el ejercicio de las actividades empresariales y son esenciales para la realización y mantenimiento del Mercado Único. En definitiva, el desarrollo de una política de Defensa de la Competencia promueve la eficiencia económica y persigue las prácticas anticompetitivas y, en consecuencia, los consumidores y operadores en los mercados reciben productos y servicios en las condiciones más favorables¹⁶.

Señala la jurisprudencia comunitaria que los preceptos del Tratado relativos a las normas de la competencia desempeñan un protagonismo fundamental en la

¹³Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO n° C 372 de 09/12/1997).

¹⁴Entre otros véase: CRAIG, P. Y DE BURKA, G.: EU Law, Second edition, Oxford University Press, 1998, p. 891-894; WEATHERILL, S.: Case & materials on EU Law, 8 th ed. Oxford, 2007, p.499-504; WHISH, R: Competition law, fourth ed., Butterworths, 2001, p. 21-45.

¹⁵Disponibles en la base de datos de la autoridad, accesible en www.autoritedelaconurrence.fr.

¹⁶Entre otros, véase: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: Apuntes de Derecho mercantil, Aranzadi, 2000, pp. 265 y ss; CRAIG, P. Y DE BURKA, G.: EU..., p. 891-1026; MOUSSIS, N.: Access to European Union, 13 ed., European Study Service, Bruxelles, 2004, p. 283-415; NIHOUL, P.: Introducción al Derecho de la Competencia. Posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 219 y ss.; WEATHERILL, S.: Case & materials on EU Law, 8 th ed. Oxford, 2007, p.499 y ss.; WHISH, R: Competition, op. cit., p. 15 y ss.

puesta en práctica de las tareas de la Comunidad Europea y, en particular, de la realización del Mercado Interior¹⁷. Como es conocido, el artículo 101 del TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) dispone que los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de las empresas¹⁸ (salvo los excluidos por la regla de minimis¹⁹ y las exenciones por bloques sectoriales) están prohibidos

¹⁷STJCE de 1.6.1999, *Eco Swiss China Time LTD c. Benetton International NV*, C-126/97, Rec. I -3055 (1999).

¹⁸Como ya se ha afirmado, es jurisprudencia reiterada que el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho comunitario de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfnér y Elser*, C 41/90, Rec. p. I 1979, apartado 21, y de 11 de julio de 2006, *FENIN/Comisión*, C 205/03 P, Rec. p. I 0000, apartado 25). Además, el Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm*, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11). Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que, a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia, la separación formal entre dos contratantes, resultado de su personalidad jurídica distinta, no es determinante, dado que el criterio decisivo es la existencia o no de una unidad de comportamiento en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1972, *ICI/Comisión*, 48/69, Rec. p. 619, apartado 140). Los acuerdos entre operadores situados en fases distintas del proceso económico, también denominados acuerdos verticales, pueden constituir acuerdos en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y estar incluidos en el ámbito de la prohibición establecida por esta disposición (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 491, y de 24 de octubre de 1995, *Volkswagen y VAG Leasing*, C 266/93, Rec. p. I 3477, apartado 17). Sin embargo, a este respecto se deriva de la jurisprudencia que los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste (véase, en este sentido, la sentencia *Volkswagen y VAG Leasing*, antes citada, apartado 19).

¹⁹La Comisión considera que los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81:a) cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados (acuerdos entre competidores); o b) cuando la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no exceda del 15 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que no sean competidores reales o potenciales en ninguno de dichos mercados (acuerdos entre no competidores). En los casos en que resulte difícil determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o un acuerdo entre no competidores, se aplicará el umbral del 10 %. Cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares), los umbrales de cuota de mercado fijado en el punto 7 quedarán reducidos al 5 %, tanto en el caso de acuerdos entre competidores como de acuerdos entre no competidores. En general, se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5 % no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado (5). Es improbable que exista un efecto acumulativo de exclusión si menos del 30 % de un mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares. La Comisión también estima que los acuerdos no restringen la competencia si las cuotas de mercado del 10, 15 y 5 %, respectivamente, registran un incremento inferior a dos puntos porcentuales durante dos años naturales consecutivos. Estas exclusiones no se aplicarán a los acuerdos que contenga cualquiera de las restricciones especialmente graves que tengan por objeto la fijación de los precios de venta de los productos a terceros; la limitación de la producción o las ventas; o el reparto de mercados o clientes. [Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis) (Diario Oficial n° C 368 de 22/12/2001)].

cuando son incompatibles con el Mercado Interior, afecten sensiblemente al comercio intracomunitario²⁰ y tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia. En particular, están prohibidos los acuerdos consistan en fijar directa o indirectamente los precios, limitar o controlar la producción, repartirse mercados, aplicar a terceros condiciones desiguales o subordinar contratos a aceptar prestación suplementaria no relacionada²¹.

Aunque se aceptan como compatibles aquellos acuerdos o prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos u ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate²².

Por eso se afirma que no todo acuerdo entre operadores o empresas, ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición

²⁰Los acuerdos que no pueden afectar sensiblemente al comercio entre Estados miembros no entran en el ámbito de aplicación del artículo 101. Deben, por lo tanto, evaluarse exclusivamente a la luz en el marco de las legislaciones nacionales. Es lo que ocurre con los acuerdos cuyo efecto real o previsible se ciñe al territorio de un solo Estado miembro o de uno o varios terceros países. Asimismo, los acuerdos que no tienen por objeto ni efecto una restricción sensible de la competencia escapan a la prohibición del apartado 1 del artículo 8 [Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (97/C 372/04), apartado 3 y Comunicación de la Comisión — Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO n° C 101 de 27/04/2004]. Asimismo, véase: STJCE de 25.3.1981, denominada “del cuajo”, Coöperatieve Stremsel- en Kleursel-fabriek/Comisión, 61/80, Rec. p. 851, apartados 14 y 15.

²¹Entre otros véase: CRAIG, P. Y DE BURKA, G.: *EU Law*, Second edition, Oxford University Press, 1998, p. 893-938; WEATHERILL, S.: *Case & materials on EU Law*, 8 th ed. Oxford, 2007, p.504-532; WHISH, R.: *Competition law*, fourth ed., Butterworths, 2001, p. 415-457. Por ejemplo, la Comisión logró probar el acuerdo entre varias empresas cuyo objeto era la venta de tubos de acero, en particular, que las empresas habían celebrado un acuerdo que, entre otros, tenía por objeto el respeto de sus respectivos mercados nacionales. Según este acuerdo, todas las empresas renunciaban a vender tubos de sondeo («Oil Country Tubular Goods, denominados tubos «OCTG») y tubos de transporte «proyecto» (Project Line pipe) en el mercado nacional de cada una de las demás empresas participantes en el acuerdo. El acuerdo se celebró durante las reuniones de los fabricantes comunitarios y japoneses conocidas con el nombre de «Club Europa-Japón». El principio de respeto de los mercados nacionales se designaba con la expresión «Normas básicas» («fundamentals»). La Comisión puso de relieve que las Normas básicas habían sido respetadas efectivamente y que, por lo tanto, el acuerdo en cuestión había tenido efectos contrarios a la competencia en el mercado común (Sentencia TJCE de 25/01/2007 asuntos C-403/04 P y C-405/04 P, C-407/04 P, C-411/04 P). Sumitomo Metal y otros.

²²Reglamento (CE) n° 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO n° L 304 de 05/12/2000; y Reglamento (CE) n° 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DO n° L 304 de 05/12/2000).

del artículo 101.1 TFUE²³. Cuando, no obstante los elementos ya referidos, se presente una situación de auténtica incertidumbre debido a la aparición de cuestiones nuevas o sin resolver en relación con la aplicación de los artículos 101 y 102, existe la posibilidad de que las empresas soliciten orientaciones informales de la Comisión²⁴.

Finalmente, en relación con el artículo 102 y el **abuso de la posición dominante**, serán incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo²⁵.

3.2. El sector agroalimentario en el marco de las normas de la competencia

A escala comunitaria, para el examen de la aplicación de las disposiciones del Tratado relativas al Derecho de la Competencia, hay que partir de que el propio legislador ha sido consciente que la realización de los objetivos de la Política Agrícola Común²⁶, no es compatible con la puesta en práctica de las normas de la competencia²⁷. Además, el propio artículo 42 del TFUE determina que el Parlamento Europeo y el Consejo tienen la capacidad de especificar que reglas de Derecho de la Competencia se aplican a la producción y comercio de los productos agroalimentarios²⁸.

²³La compatibilidad de una normativa con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de diciembre de 1994, DLG, C 250/92, Rec. p. I 5641, apartado 31). En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate o en que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos. A continuación deberá examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos (sentencia Wouters y otros, antes citada, apartado 97) y proporcionales a estos objetivos.

²⁴Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) DOCE n° C 101 de 27/04/2004.

²⁵Comunicación de la Comisión, Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DO n° C 045 de 24/02/2009).

²⁶Entre otros, véanse: LEDENT, A. Y BURNY, P.: La politique agricole commune des origines au 3e millénaire, Les Presses Agronomiques de Gembloux, 2002, p.73 y ss ; MAHE, L.P. Y ORTALO-MAGNE, F.: Politique agricole: un modèle européen, Presses de Sciences Po, Paris, 2001, pp. 207 y ss ; OLMÍ, G.: Politique Agricole Commune, Commentaire Megret, n°2, Institut d'Etudes européennes, ed. ULB, Bruxelles, 1991, p. 71 y ss.

²⁷Entre otros, véase: Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC) 3/2006: EE: Derecho de la Competencia y Sector Agrario. Prof. Dr. Anxo Tato Plaza, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo y el Prof. Dr. Fernando García Cachafeiro, Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil Universidad de A Coruña, http://www.tgdcompetencia.org/estudios/est_3_2006_EE_dc_y_agricultura_es.pdf.

²⁸Dispone el artículo 42.1 de TFUE que "...Las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 43, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39."

En función de ello, el Consejo ha adoptado dos Reglamentos que afectan a la aplicación de las normas de competencia a la agricultura: el Reglamento CE nº 1234/2007 (OCM única) y el Reglamento CE nº 1184/2006²⁹.

En consecuencia, en relación con el sector agroalimentario, tras la descripción de este marco general es necesario matizar que el artículo 39 del TFUE, relativo a la política agrícola común, prevalece sobre el artículo 101 TFUE³⁰.

El propio legislador comunitario en el considerando 83 del Reglamento CE nº 1234/2007 establece que “... De conformidad con el artículo 36 del Tratado, las disposiciones del capítulo del Tratado relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas solo en la medida determinada por el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 37, apartados 2 y 3, del Tratado. En las distintas OCM, la mayoría de las disposiciones sobre ayudas estatales han sido declaradas aplicables. Por otra parte, el Reglamento (CE) 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas desarrolla las disposiciones del Tratado aplicables a las empresas. En consonancia con el objetivo de crear un conjunto coherente de normas sobre la política de mercado, resulta apropiado incluir las citadas disposiciones en el presente Reglamento”.

Así, el legislador comunitario ha afirmado que las normas sobre la competencia relativas a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 101 del TFUE, así como las relativas a la explotación abusiva de posiciones dominantes, deben ser aplicadas a la producción y al comercio de productos agrícolas, en la medida en que su aplicación no dificulte el funcionamiento de las organizaciones nacionales de los mercados agrícolas ni ponga en peligro la consecución de los objetivos de la PAC³¹.

Con carácter previo, como señala la Comisión, es necesario precisar que el artículo 101 TFUE no se aplica si los acuerdos o prácticas no pueden afectar actual o potencialmente el comercio entre los Estados miembros³².

²⁹Hasta la adopción del Reglamento CE nº 1234/2007 (OCM única), esas disposiciones se recogían en el Reglamento CE nº 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de determinados productos agrícolas. Actualmente, el Reglamento OCM única es de aplicación a los productos del Anexo I del TFUE y el Reglamento CE nº 1184/2006 a los productos del Anexo I del TFUE con excepción de aquellos regulados por el Reglamento OCM única.

³⁰EUROPEAN COMMISSION (2010): Working Paper “The interface between EU competition policy and the CAP: Competition rules applicable to cooperation agreements between farmers and the dairy sector”, DG Enterprise, Bruselas, 16/02/2010, p. 4, accesible el 18/05/2010 en: http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/working_paper_dairy.pdf. En el ámbito académico, entre otros, véase: BELLAMY & CHILD: European Community Law of Competition, Oxford, Sixth Edition, p. 1200; WHISH, R.: Competition law, op. cit., p.855 y ss.; WINKLE, W.: “The effect of european and national competition law on the agricultural sector”, Ponencia al XXII European Congress and Colloquium of Agricultural Law, CEDR, 2003.

³¹Considerando 84 y artículo 175 del Reglamento CE nº 1234/2007.

³²EUROPEAN COMMISSION (2010): Working Paper “The interface between.” op. cit, p. 7.

La primera derogación del artículo 101 TFUE viene dada por la existencia histórica de las Organizaciones Nacionales de Mercado de productos agrícolas³³. De este modo, el Reglamento CE n° 1234/2007 (OCM única) y el Reglamento CE n° 1184/2006 excluyen la aplicación del art. 101 TFUE a los acuerdos de Organización Nacional de Mercado. Estos acuerdos tienen un valor residual ya que fueron sustituidas por las Organizaciones Comunes de Mercado y la pervivencia de las Organizaciones Nacionales se ha autorizado bajo ciertas condiciones, como en el caso de la *Milk National Boards UK*³⁴ o la Organización Nacional de Mercado de la patata de la República francesa³⁵.

La segunda de las derogaciones de los preceptos del Tratado relativos a las normas de competencia viene determinada por el Reglamento CE n° 1234/2007 que excluye la aplicación del 101 TFUE a los acuerdos relativos a la realización de la PAC adoptados en desarrollo de todos los objetivos del artículo 39 TFUE³⁶.

³³En el artículo 176 del Reglamento CE n° 1234/2007 se dispone que el artículo 101.1 TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 175 del Reglamento que sean parte integral de una organización nacional de mercados o necesarios para la consecución de los objetivos que se establecen en el artículo 42 TFUE. En particular, el artículo 101.1 TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de agricultores o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro que afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, y en virtud de los cuales no existe la obligación de aplicar precios idénticos, a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que se ponen en peligro los objetivos del artículo 42 TFUE. En cuanto al procedimiento, previa consulta a los Estados miembros y audición de las empresas o asociaciones de empresas interesadas, así como de cualquier otra persona física o jurídica que considere apropiada, la Comisión tendrá competencia exclusiva, supeditada al examen del Tribunal de Justicia, para determinar, mediante decisión que deberá publicarse, qué acuerdos, decisiones y prácticas cumplen las condiciones para la excepción. La Comisión llevará a cabo esa determinación, bien por propia iniciativa, bien a petición de la autoridad competente de un Estado miembro o de una empresa o asociación de empresas interesada. La publicación de la decisión deberá dejar constancia de los nombres de las partes y del contenido principal de la decisión. En ella se deberá tener en cuenta el interés legítimo de las empresas porque no se revelen sus secretos comerciales.

³⁴Este Organismo fue disuelto el 31 de enero de 2002 mediante el Statutory Instrument 2002 No. 128 “The Milk Marketing Board (Dissolution) Order 2002.

³⁵Decisión de la Comisión, 18/12/1987, asunto IV/31.735, Nuevas patatas, DO L 59, 4/03/1988, p. 25.

³⁶Si el acuerdo no tiene base expresa en la Organización Común del Mercado, no puede ser considerado “necesario” (Decisión de la Comisión Europea de 14/12/1998, asunto Sicasov). El acuerdo debe ser necesario para lograr todos los objetivos de la PAC (Asuntos acumulados T-70/92 y T-71/92, Florimex) (Véase, STJ-CE 14/05/1997, T-70/92 y T-71/92, Florimex BV and Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten v. Commission, [1997] ECR II-00693. Véase también la Decisión de la Comisión de 14/12/1998, asunto IV/35.280, Sicasov, OJ L 4, 8/01/1999, p. 27: “68. Lastly, it must be concluded that agreements which are not included among the means provided by the Regulation on the common organization for the attainment of the objectives set out in Article 39 of the Treaty are not necessary within the meaning of Article 2(1) of Regulation No 26/62. The common organization of markets in seeds does not provide for the conclusion of licensing agreements. 69. Accordingly, an exception under Article 2 of Regulation N° 26 must be ruled out in this case and, by the same token, Article 85(1) of the Treaty is applicable.” En el caso de la carne de vacuno francesa, los acuerdos adoptados sólo permitían garantizar alguno de los objetivos de la PAC y por eso no fueron considerados conformes a Derecho (Asuntos T-217/03 y T-245/03). Véase: EUROPEAN COMMISSION (2010): Working Paper “The interface between EU, op. cit., p. 8.

La tercera de las excepciones a la aplicación del artículo 101.1 TFUE se contiene en el artículo 176.1 del Reglamento CE 1234/2007³⁷, en el que se excluyen de la órbita del 101.1 TFUE los acuerdos entre agricultores, asociaciones de agricultores o asociaciones de asociaciones de agricultores de un Estado miembro que afecten a la producción, almacenaje o venta de productos agrícolas, siempre que no incluyan una fijación de precios³⁸ ni cuenten entre las partes con los comerciantes³⁹, ni tengan como consecuencia la eliminación de la competencia ni impidan los objetivos de la PAC⁴⁰.

Conviene mencionar, en este punto, aunque se examine posteriormente, que el Reglamento de la OCM única contempla la compatibilidad de determinados acuerdos de las interprofesionales agroalimentarias con el Derecho de la Competencia.

En todo caso, para el sector agroalimentario no se excluye aplicación del artículo 102 TFUE, relativo al abuso de posición dominante, que no está permitido salvo que sea necesaria para garantizar los objetivos del artículo 39 del TFUE.

En nuestro Ordenamiento interno, junto al derecho a la libertad de empresa que recoge el artículo 38 CE, los artículos 1 a 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establecen la prohibición de acuerdos, decisiones y prácticas colusorias si tienen por objeto o producen o pueden producir el efecto sensible de falsear, impedir o restringir la libre competencia; del abuso de posición de dominio; de la explotación de una situación de dependencia económica y del falseamiento de la competencia a través de actos de competencia desleal, que se encuentran definidos en la Ley de Competencia Desleal. Esta norma no excluye ningún sector y para cualquier tipo de acuerdo, decisión o práctica será necesario aportar pruebas, no sólo indicios o deducciones (Pipas de Girasol)⁴¹.

En el ámbito agroalimentario, es necesario citar una serie de normas que sí contemplan excepciones con rango de Ley a lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia. En primer lugar, procede citar la Ley 38/1994, de 30 de diciembre,

³⁷STJCE de 12/12/1995, asuntos acumulados C-319/93, C-40/94 y 224/94, Dijkstra [1995] Rec. I-04471, apartado 17.

³⁸STJCE de 12/12/1996, asunto C-399/93, HG Oude Luttikhuis [1995] Rec. I-04515.

³⁹Es necesario precisar que si en el acuerdo o práctica participa un tercero o asociaciones (Decisión de la Comisión de 26/11/1986, Asunto IV/31.204, Meldoc, DOCE L 348, 10/12/1986, p. 50).

⁴⁰La definición de organización de productores consta en el artículo 122 del Reglamento CE nº 1234/2007 (Reglamento OCM única).

⁴¹En este asunto se presentó una denuncia contra 5 empresas por infracción del artículo 1 de la LDC consistente en un acuerdo de fijación de precios anormalmente bajos para la compra de pipas de girasol a los agricultores. Este expediente no fue incoado por falta de indicios (Resolución de 26/11/2008, expediente: 2790/07, UPA/CL), accesible el 18/05/2010 en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx>.

reguladora de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias, que contempla la figura de la extensión de norma⁴². En segundo lugar, la Ley 2/2000, de 7 de enero, reguladora de los contratos tipo de productos agroalimentarios y, en tercer lugar, la Ley 24/2003 de la viña y el vino, que en su artículo 26 dispone los tipos de acuerdos que pueden adoptar los órganos de gestión de las Denominaciones de Origen vónicas. A escala autonómica, también se ha legislado en el campo de las interprofesionales, los consejos reguladores, las organizaciones de productores, etc.⁴³

En definitiva, el sector agroalimentario, como cualquier otro sector, se puede ver favorecido por la prohibición de acuerdos del artículo 101.1 TFUE⁴⁴, por las excepciones a los acuerdos de importancia menor y por la exclusión de aplicación del 101 TFUE a los acuerdos que por su propia naturaleza no restringen la competencia⁴⁵ o aquellos derivados de contratos de subcontratación⁴⁶. Igualmente, cabe destacar que la Comisión ha realizado dos comunicaciones en las que expone los motivos por los que no se consideran contrarias al TFUE la representación exclusiva de las agentes comerciales y la subcontratación⁴⁷.

En todo caso, con carácter específico, el aspecto más significativo, como se desarrolla posteriormente, es que el sector agroalimentario encuentra base legal para determinados acuerdos y prácticas en las excepciones contempladas en el Reglamento de la OCM única.

4. Particularidades asociadas a los operadores del mercado

Partiendo de la afirmación del Derecho de la Competencia como un derecho que regula la Institución de la competencia en el mercado desde un punto de vista objetivo, atendiendo a las prácticas que pueden afectar a la misma y no desde un punto de vista subjetivo, en función de los sujetos que las realizan, es relevante precisar una serie de aspectos sobre las particularidades asociadas a los operadores y empresas en los mercados agroalimentarios.

⁴²LEY 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias y REAL DECRETO 705/1997, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias, modificada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuya última modificación ha sido el Real Decreto 1668/2009, de 6 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias, aprobado por el Real Decreto 705/1997, de 16 de mayo. Sobre las interprofesionales agroalimentarias, entre otros, véase: CEBOLLA ABANADES, M.A.: “Las organizaciones interprofesionales agroalimentarias en la UE y en España” en Noticias de la Unión Europea, nº 302, marzo 2010, p. 17-29; NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A. (COORD): Introducción al Derecho agrario, Tirant lo Blanch, 2005, p. 617 y ss; VVAA: Derecho agrario y alimentario español y de la UE (coord. AMAT LLOMBART, P.), UPV-Tirant lo Blanch, 2007, p. 363 y ss.

⁴³GUILLEM CARRAU, J.: La protección de las denominaciones geográficas en calidad, Tirant lo Blanch, 2008, p. 318 y ss.

⁴⁴Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados..., op. cit.

⁴⁵Comunicación de 29 de julio 1968, DOCE C75 de 29 de julio 1968.

⁴⁶Comunicación de 18 de diciembre 1978, DOCE C1 de 3 enero 1979.

⁴⁷DOCE L 139 de 24/12/1962.

La sujeción de los productores y sus organizaciones a las normas del Derecho de la Competencia es meridiana en virtud de lo dispuesto en su día en el artículo 3 Reglamento CE nº 1182/2007, a escala comunitaria, y en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, a escala estatal⁴⁸. Por ello, esta aplicabilidad puede afirmarse también de las asociaciones y organizaciones profesionales o sindicatos agrarios que los representan independientemente de su forma jurídica⁴⁹, aunque esta afirmación puede ser debatida con fundamento en virtud de las argumentaciones de las partes en los asuntos *BNI*.⁵⁰

En cuanto a los transformadores y distribuidores, como operadores del sector agroalimentario, se encuentran también sujetos al respeto a las normas de competencia. Como ha precisado la Comisión Europea, también se encuentran comprendidas las cooperativas transformadoras y las asociaciones de empresas transformadoras (Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003 (Carnes francesas).⁵¹ Y del Tribunal de Defensa de la Competencia (RTDC lácteos 2004), independientemente de su forma jurídica⁵².

La aplicación del Derecho de la Competencia a las Interprofesionales agroalimentarias⁵³ también ha sido objeto de atención por las autoridades de la competencia.

⁴⁸A efectos de lo previsto en la Ley de Defensa de la Competencia, la DA Cuarta contiene dos definiciones de relevancia. En primer lugar, afirma que se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. En segundo lugar, conceptúa cártel como todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.

⁴⁹Véase RTDC 6/09/1995 y STJCE 2/07/1992.

⁵⁰STJCE de 30/01/1985, asunto 123/83 BNIC/Clair, Rec. 1985, págs. 391 y ss.; y de 3/12/1987, asunto 136/86 BNIC/Aubert, Rec. 1987, págs. 4789 y ss. Entre otros, véase COELLO MARTÍN, C.: Las Bases históricas y administrativas del Derecho..., p. 760-772.

⁵¹Mediante Decisión de 2 de abril de 2003, la Comisión impuso multas por un importe total de 16,68 millones de euros a seis federaciones profesionales francesas del sector de la carne de vacuno, de las que cuatro representaban a los ganaderos (entre ellas la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles, la principal federación agrícola francesa) y dos a los mataderos. Estas multas sancionan la conclusión de un acuerdo escrito el 24 de octubre de 2001, que continuó verbalmente a partir de finales de noviembre o principios de diciembre de 2001. En un contexto de depresión de los precios de la carne de vacuno, debido a la crisis de las «vacas locas», el acuerdo incluía el compromiso de suspender temporalmente la importación de carnes de vacuno y fijar unos precios de compra mínimos para determinadas categorías de vacuno. La Comisión llegó a la conclusión que este acuerdo incumplía las disposiciones del artículo 81 del Tratado CE y que no podía acogerse a ninguna de las excepciones del artículo 2 del Reglamento nº 26. Habida cuenta de la situación muy particular del mercado de la carne de vacuno, la Comisión redujo sustancialmente el importe de las multas impuestas (Asunto COMP/F-3/38.279 (DO L 209 de 19/08/2003).

⁵²Resolución de autorización singular A 346/2004, Productos Lácteos (expediente. Servicio 2502/2004).

⁵³Véase, a modo de ejemplo, el Informe de la autoridad andaluza de competencia sobre la extensión de norma de la Interprofesional Hortyfruta(1/06/08), accesible el 18/05/2010 en: <http://www.juntadeandalucia.es/defensa-competencia/documentos/informes-promocion-competencia/1%2006-08.pdf>.

Desde el prisma del Derecho de la Competencia hallamos la aparición de unos sujetos, los Consejos Reguladores de las figuras de calidad agroalimentaria⁵⁴, que vienen definidos en el Ordenamiento como órganos de gestión de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas de procedencia⁵⁵. Estos órganos de gestión, en el Ordenamiento interno, pueden adoptar una forma de naturaleza jurídico pública o privada. Algunos de ellos se han configurado como corporaciones de derecho público y otros han adoptado formas privadas (fundaciones, interprofesionales, etc.) en aplicación de lo dispuesto en las legislaciones autonómicas. Independientemente de la forma jurídica que detenten, sus actuaciones están sujetas al Derecho de la Competencia, con algunas excepciones para los casos de los que se configuran como interprofesionales y adoptan acuerdos de extensión de norma⁵⁶.

Por último, es necesario dedicar una mención a la función que desempeña la Administración Pública en este contexto. Pese al principio de personalidad jurídica única de las Administraciones Públicas, éstas actúan con una doble faz frente a los mercados agroalimentarios en esta materia. Por un lado, las autoridades con competencia en agricultura fomentan el asociacionismo y la adopción de prácticas concertadas e incluso en algunos casos “acogen con satisfacción” la adopción de determinados acuerdos contrarios a las normas de la competencia. Por otro lado, las autoridades de la competencia han autorizado en momentos anteriores al marco legal actual, determinados acuerdos, investigan las prácticas e inician los procedimientos de instrucción y sanción que procedan.

⁵⁴El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó Resolución en la que impuso al Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” una multa de 400.000 euros por aprobar y aplicar diversos acuerdos basados en cupos sobre ventas históricas de cada bodega de esta denominación de origen que restringen la competencia entre bodegas y limitan su libertad comercial. Resolución (expediente. 2779/07 Consejo Regulador Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar). Entre otros, respecto a los Consejos Reguladores, véase: BOTANA AGRÁ, M.: Las Denominaciones de Origen, Tratado de Derecho Mercantil, tomo XX, vol.2º, Marcial Pons, Madrid, 2001; COELLO MARTÍN, C.: Las Bases históricas y administrativas del Derecho Vitivinícola español, IAAP, 2008, p. 1036 y ss.; “Vinos artificiales y vinos facticios. Algunos rasgos de la legislación vitivinícola española”, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 28, junio 2006, pp. 37-83; GUILLEM CARRAU, J.: La protección de las..., op. cit., p. 318 y ss.; GUILLEM RUIZ, J.V.: “Denominaciones de origen. Organización”, SEVI, nº2857, 2001; LÓPEZ BENITEZ, M.: “Algunas anotaciones sobre la Ley de la Viña y del Vino de Castilla y León”, Revista Jurídica de Castilla y León, nº9, mayo 2006; Del Estatuto del vino a las leyes del vino: un panorama actual y de futuro de la ordenación vitivinícola en España, Civitas, Barcelona, 2004; MAROÑO GARGALLO, Mª. M.: La protección jurídica de las denominaciones de origen en los derechos español y comunitario, Marcial Pons, Madrid, 2002; PINO ZARAGOZA, G.: “Público y privado en el modelo organizativo de la Denominación de Origen Calificada “Rioja”. Problemática jurídica”, Anuario Jurídico de La Rioja, nº 10, Universidad de La Rioja- Parlamento de La Rioja, 2005.

⁵⁵Entre otros, respecto a los Consejos Reguladores, véase: COELLO MARTÍN, C.: Las Bases históricas..., p. 1036 y ss.; GUILLEM CARRAU, J.: La protección de las denominaciones geográficas..., p. 318 y ss.; GUILLEM RUIZ, J.V.: “Denominaciones de origen. Organización”, SEVI, nº2857, 2001.

⁵⁶Véase el apartado IV.2.d) de este estudio.

Este doble rol del poder ejecutivo ha sido considerado por el poder judicial como atenuante de las sanciones impuestas a los operadores del sector en el marco de los procedimientos sancionadores en algunos casos. Por ejemplo, cuando se aceptaron efectos atenuantes para el cálculo de determinadas multas al resultar probado que la actuación del ejecutivo francés de “acoger con satisfacción” determinadas decisiones del sector vacuno en 2003⁵⁷.

5. Singularidades asociadas a las conductas y decisiones sectoriales

Los apartados anteriores se han dedicado a describir, brevemente, los principios y reglas generales del Derecho de la Competencia y sus especialidades en aquello que hace referencia al sector agroalimentario. A continuación, el enfoque se centra en analizar, con carácter meramente enunciativo, el contexto de varios tipos de acuerdos y prácticas y su adecuación a las fuentes del Derecho de la Competencia.

Con carácter general, el concepto de acuerdo o práctica del que partimos va más allá de la existencia de un contrato escrito⁵⁸. Como es conocido, las conductas prohibidas se suelen estructurar en conductas colusorias, abuso de posición dominante y falseamiento de la libre competencia por actos desleales. En particular, las conductas colusorias anticompetitivas pueden apreciarse por la existencia de cárteles; por la adopción de acuerdos de precios de reventa; por las prácticas comerciales no eficientes y con efectos anticompetitivos; por los acuerdos de producción y de venta condicionados a la adquisición de otros productos con menos poder de mercado que el principal del contrato (conocidos en inglés con el término Tying) o por descuentos por la adquisición de varios productos, aunque sea por separado (conocidos en inglés con el término Bundling); por acuerdos de adquisición conjunta y por acuerdos de uso de etiquetados privados, etc.⁵⁹

5.1. Supuestos y prácticas de conductas colusorias autorizadas

5.1.1. Los acuerdos de cooperación: producción y venta conjunta y comercialización

La Comisión Europea identifica un conjunto de acuerdos de carácter horizontal como acuerdos de cooperación. Para la Comisión “...una cooperación tiene “carácter horizontal” si es objeto de un acuerdo o práctica concertada entre empresas situadas en el mismo nivel o niveles del mercado. Se trata, por lo general, de una cooperación entre competidores. Abarca, por ejemplo, ámbitos como la investigación y el desarrollo, la producción, las compras o la comercialización”.

⁵⁷Véase la Decisión de la Comisión, op. cit.

⁵⁸WEATHERILL, S.: *Case & materials...*, p. 508.

⁵⁹CESARINI, P.: “Ensuring a well functioning food supply...”, op. cit.

Estos acuerdos, a juicio de la Institución comunitaria, pueden causar problemas de competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción, repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y ello causa efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la diversidad y calidad de los productos. En cambio, también son valorados por la Comisión por generar ventajas económicas considerables. Las empresas deben adaptarse a una creciente competencia, a un mercado en constante evolución que cada vez se mundializa más, a progresos técnicos incesantes y al mayor dinamismo de los mercados en general. La cooperación puede ser un medio de repartir riesgos, ahorrar costes, compartir conocimientos técnicos y lanzar innovaciones al mercado más rápidamente. Para las pequeñas y medianas empresas, en particular, la cooperación es un importante medio de adaptación a la evolución de los mercados⁶⁰.

En el sector agroalimentario, los acuerdos de producción y venta conjunta son aquellos en los que dos o más partes acuerdan cooperar para mejorar el procesamiento y venta (por ejemplo, en una Sociedad Cooperativa) de un producto agroalimentario⁶¹.

Estos acuerdos tienen efectos pro-competitivos y, de este modo, se aceptan una serie de restricciones accesorias admitidas como el establecimiento de objetivos de ventas o de precios para los clientes inmediatos⁶². Deben estos acuerdos quedar sujetos a unos límites como es el hecho de que no pueden tener por objeto la creación o el incremento del poder de mercado⁶³ y garantizar la libertad de venta de los socios de la cooperativa y su derecho de separación respecto a la sociedad⁶⁴. En este contexto, no podrán representar una cuota de mercado superior al 20 por ciento⁶⁵.

Por otro lado, los acuerdos de comercialización pueden tener por finalidad la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos⁶⁶. Estos acuerdos pueden adoptarse, por un lado, sin mención alguna a la fijación de precios y no están sujetos al artículo 101 TFUE cuando el poder de mercado de las partes es inferior al 15 por ciento y si fuera mayor, deberán estudiarse caso por caso⁶⁷. Los acuerdos de comercialización pueden,

⁶⁰Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, DO n° C 003 de 06/01/2001.

⁶¹EUROPEAN COMMISSION (2010): Working Paper “The interface between...”, op. cit, p. 14.

⁶²STJCE de 12.12.1996, asunto C-399/93, op. cit., apartado 12.

⁶³STJCE 9/09/2003, asunto C-137/00, Milk marque, [2003] Rec. I-07975, apartados 61 a 64.

⁶⁴STJCE de 12/12/1996, asunto C-399/93, op. cit, apartado 13 a 16.

⁶⁵CESARINI, P.: “ensuring a well functioning food supply...”, op cit.

⁶⁶WHISH, R.: Competition ..., p. 497-528.

⁶⁷EUROPEAN COMMISSION (2010): Working Paper “The interface between...”, op. cit, p. 19.

por otro lado, incluir una fijación de precios, entrando de lleno en la prohibición de cárteles (art. 101 TFUE) aunque pueden ser admitidos como compatibles si provocan integración de las funciones de comercialización y una eficiencia que, sin la fijación del precio, sería imposible como, por ejemplo, para la creación de una marca colectiva si los operadores firmantes no superaran una cuota de mercado del 15 por ciento⁶⁸.

5.1.2. Los códigos de conducta

Los Códigos de conducta es una práctica muy extendida en el tráfico jurídico-económico en el sector agroalimentario. Sea su carácter obligatorio o no, su contenido debe ser conforme al Derecho de la Competencia y no deben tener cláusulas anticompetitivas⁶⁹.

Como ejemplos de estos tipos de acuerdos, cabe citar el *Australia Retail Grocery Industry Code of Conduct* 2000, sustituido en 2005 por el PGICC⁷⁰, o el Code of practice on Supermarkets 2003 del Reino Unido, sustituido por el Groceries Supply Code of Practice en 2008⁷¹, del cual merece la pena destacar varias cláusulas como la obligación general de lealtad contractual; la prohibición de modificaciones contractuales retroactivamente; la prohibición de imponer a proveedor los costes de inventario; la obligación de entrega previa de condiciones contractuales del distribuidor al proveedor; el mecanismo de arbitraje para la solución de conflictos; la posibilidad de cesación de la relación contractual y las prescripciones en torno a las sanciones; y la obligación de nombrar a persona encargada de su cumplimiento en cada empresa. En nuestro ámbito interno, existen también ejemplos de esta práctica como el acuerdo ASEDAS-FIAB⁷².

5.1.3. Los acuerdos interprofesionales

En este apartado se describen los acuerdos de las interprofesionales agroalimentarias desde el prisma del Derecho de la Competencia. Los acuerdos de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias adoptan en determinadas

⁶⁸Serán admisibles y no entran en la prohibición del artículo 101 TFUE aquellos acuerdos de comercialización para los que la fijación de precio sea indispensable para la integración de otras funciones de marketing cuando ésta genere eficiencias sustanciales (no ahorros por disminución de costes), sea proporcional y la misma no suponga la creación de un poder de mercado que lleve a eliminar competencia (EUROPEAN COMMISSION (2010): Working Paper “The interface between...”, op. cit, p. 21).

⁶⁹Estos Códigos se insertan en los instrumentos de derecho conceptualizados como softlaw, por su carácter no exigible en el marco de las iniciativas de Responsabilidad Social Corporativa. Por eso, señala la doctrina que han evolucionado hacia la responsabilidad en la cadena agroalimentaria de los operadores del sector. Véase: SPECE, L.: Y BOURLAKIS, M.: “Moving from CSR to Supply Chain Responsibility” Ponencia presentada en el 3rd International Forum on System Dynamics and Innovation in Food Networks, University of Bonn, febrero 2009, accesible el 18/05/2010 en AgEcon Search <http://ageconsearch.umn.edu>.

⁷⁰Accesible el 18/05/2010 en <http://www.produceandgrocerycode.com.au/>.

⁷¹Accesible el 18/05/2010 en <http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2006/grocery/index.htm>.

⁷²Accesible el 18/05/2010 en www.fiab.es/archivos/documentoNoticia/1160.pdf.

ocasiones la vía de la “extensión de norma” como muestra de su mayor capacidad operativa y de vertebración sectorial⁷³. Estos acuerdos deben ser objeto de revisión administrativa con carácter previo a su entrada en vigor en virtud de lo dispuesto en la normativa comunitaria e interna y se han aceptado como excepciones a las normas del Derecho de la Competencia⁷⁴.

En este contexto, las Interprofesionales agroalimentarias son definidas en el artículo 123 del Reglamento de OMC única⁷⁵ y, en el ámbito interno, en la Ley de Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias, que entiende por tal organización la constituida por organizaciones representativas de los empresarios de la producción, de la transformación y de la comercialización de un sector o producto incluido dentro del sistema agroalimentario.

El artículo 176 bis del Reglamento CE nº 1234/2007 y la Comunicación de la Comisión relativa a los precios agroalimentarios⁷⁶ precisan que la Comisión puede declarar la compatibilidad o no de determinados acuerdos y, en el caso de los acuerdos de extensión de norma, puede hacer referencia a diversos ámbitos como la producción, la comercialización, la protección del medio ambiente y la promoción y la comunicación. Para declarar la compatibilidad será necesario analizar, en primer lugar, si son restrictivos de la competencia y pueden afectar al comercio entre los Estados miembros y, en segundo lugar, si pueden beneficiarse de una excepción individual o de conjunto de la aplicación del artículo 101 TFUE.

⁷³Los acuerdos interprofesionales pueden ser asimilados, según su objeto, en algunos casos en la categoría académica de acuerdos verticales propios de las cadenas de distribución. La categoría de acuerdos que la Comisión ha considerado que cumplen normalmente las condiciones previstas en el artículo 101, apartado 3, del Tratado incluye los acuerdos verticales de compra o venta de bienes o servicios cuando dichos acuerdos se celebren entre empresas no competidoras, entre determinados competidores o por determinadas asociaciones de minoristas de bienes. Incluye asimismo los acuerdos verticales que contengan disposiciones accesorias sobre cesión o utilización de derechos de propiedad intelectual. La regulación de los acuerdos verticales ha sido revisada recientemente a escala comunitaria y el nuevo Reglamento entra en vigor el 1 de julio 2010 (Reglamento (UE) N o 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DO L 102, 23/04/2010).

⁷⁴CEBOLLA ABANADES, M.A.: “Las organizaciones interprofesionales...”, op. cit., p. 26; COELLO MARTÍN, C.: Las Bases históricas, op. cit., p. 1036 y ss.

⁷⁵Según el artículo 123 del Reglamento OCM única “...Los Estados miembros reconocerán las organizaciones interprofesionales que:

1) estén integradas por representantes de actividades económicas vinculadas a la producción, el comercio y/o la transformación de productos en los sectores siguientes:

1.1. aceite de oliva y aceitunas de mesa,

1.2. tabaco;

2) se creen por iniciativa de todas o algunas de las organizaciones o asociaciones que las integren;

3) persigan un objetivo específico, que podrá referirse, en concreto, a:

3.1. la concentración y coordinación de la oferta y la comercialización de los productos de los afiliados,

3.2. la adaptación conjunta de la producción y la transformación a las exigencias del mercado y la mejora de los productos,

3.3. el fomento de la racionalización y la mejora de la producción y la transformación,

3.4. la realización de estudios sobre los métodos de producción sostenible y la evolución del mercado”.

⁷⁶COM (2008) 821 final.

Así, en lo relativo a los acuerdos interprofesionales en el sector de frutas y hortalizas, se establece en el artículo 176 bis del citado reglamento que “el artículo 81, apartado 1 del Tratado no será aplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de organizaciones interprofesionales reconocidas que tengan por objeto llevar a cabo las actividades mencionadas en el artículo 123 apartado 3, letra c”. En todo caso, la extensión no puede realizarse si la misma da lugar a un acuerdo prohibido.

De acuerdo con los artículos 176 bis 125 septies y terdecies (para el sector frutas y hortalizas); con los artículos 125 sexdecies y 113 quáter (para el sector vitivinícola) y con el artículo 126 (para el sector del cultivo del tabaco) del Reglamento OCM única, las organizaciones interprofesionales pueden adoptar acuerdos con la llamada “extensión de norma” sobre una variedad de asuntos. En el ámbito interno, esta figura jurídica está regulada en el artículo 8 de la Ley 38/1994⁷⁷.

En todo caso, son considerados incompatibles los acuerdos, las decisiones y las prácticas concertadas que puedan entrañar cualquier forma de compartimentación de los mercados dentro de la Comunidad; aquellos que puedan perjudicar el buen funcionamiento de la organización de mercados; aquellos que puedan originar falseamientos de la competencia que no sean indispensables para alcanzar los objetivos de la política agrícola común a través de la actividad de la organización interprofesional; aquellos que supongan la fijación de precios, sin perjuicio de las actividades llevadas a cabo por las organizaciones interprofesionales para la aplicación de las normativas comunitarias específicas; aquellos que puedan dar lugar a discriminaciones o eliminar la competencia con respecto a una parte considerable de los productos en cuestión.

⁷⁷De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 38/1994, adoptado un acuerdo en el interior de la organización interprofesional agroalimentaria, se elevará al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, para su aprobación, en su caso, mediante Orden ministerial, la propuesta de extensión de todas o algunas de sus normas al conjunto total de productores y operadores del sector o producto. Cuando dicha propuesta esté relacionada con las competencias de otros departamentos ministeriales, la aprobación se hará mediante Orden ministerial conjunta. Las propuestas de extensión de normas deberán referirse a reglas relacionadas con:

- 1) La calidad de los productos, así como su normalización, acondicionamiento y envasado, siempre y cuando no existan disposiciones reguladoras sobre la misma materia, o, en caso de existir, se eleven las exigencias de las mismas.
- 2) La mejor protección del medio ambiente.
- 3) La mejor información y conocimiento sobre las producciones y los mercados.
- 4) Las acciones promocionales que redunden en beneficio del sector o producto correspondiente.

Continúa el apartado 2 del citado artículo afirmando que “...Sólo podrá solicitarse la extensión de normas regulada en el apartado anterior, en las condiciones que se establezcan por vía reglamentaria, cuando los acuerdos tomados cuenten, al menos, con el respaldo del 50 por 100 de los productores y operadores de las distintas ramas profesionales implicadas, que deben representar, a su vez, como mínimo dos terceras partes de las producciones afectadas. La acreditación de representatividad se efectuará por las organizaciones, miembros de la organización interprofesional correspondiente”.

Las mencionadas excepciones previstas por el Reglamento único para las OCM se aplican a aquellos acuerdos que entren dentro del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE. Para ello se exige, de acuerdo con el tenor del propio artículo 101, que los acuerdos y prácticas “puedan afectar al comercio entre los Estados miembros”. En este caso la autoridad competente para evaluar este Acuerdo, conforme a lo previsto en el artículo 3 del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE, es la Comisión Europea⁷⁸.

No obstante, el artículo 125 nonies del Reglamento CE nº 1234/2007 contempla una derogación de la extensión de las normas. La Comisión decidirá que un Estado miembro deje sin efecto la extensión de las normas por él decidida al amparo del artículo 125 *septies*, apartado 1, del citado Reglamento en diversos casos como cuando compruebe que, debido a esa extensión a otros productores, se excluye la competencia en una parte sustancial del mercado interior, se menoscaba la libertad del comercio o se ponen en peligro los objetivos del artículo 39 del TFUE.

Por último, en el marco de las interprofesionales, la Comisión Europea se ha hecho eco de las recientes llamadas por determinadas Interprofesionales agroalimentarias a la posibilidad de realizar recomendaciones de precios o acordar precios mínimos para los productores, manifestando con carácter general que las citadas prácticas son contrarias a Derecho⁷⁹.

5.1.4. Las orientaciones de precios

Una de las prácticas bajo estudio es la fijación de precios orientativos, no los imperativos que, como es conocido, son contrarios a derecho. En particular, puede citarse algún ejemplo de Derecho comparado como es el caso de la aceptación de la Autoridad francesa de la competencia de un precio de cesión en cadena pactado en el caso del Label de calidad del sector aviar sobre la base de considerar que en el interior de este tipo de cadena vertical entre adheridos al sistema, competidores de un mismo producto, cabe pactar precios de cesión que no afectan a terceros⁸⁰. Otro ejemplo de orientación de precios autorizada es el caso del acuerdo interprofesional de precios mínimos para vino a granel del Consejo Regulador del Vino de Cahors. La autoridad francesa autorizó dicha práctica porque no se

⁷⁸Para validar la excepción los acuerdos, las decisiones y las prácticas concertadas se han de notificar a la Comisión y ésta, en un plazo de dos meses a partir de la comunicación de todos los elementos de juicio necesarios, no ha de declarar tales acuerdos, decisiones y prácticas concertadas incompatibles con la normativa comunitaria. La Comisión adoptará una decisión favorable o desfavorable a la extensión de norma en el plazo mencionado y, cuando se trate de acuerdos plurianuales, la notificación del primer año será válida para los años siguientes del acuerdo. No obstante, en tal caso, la Comisión, por iniciativa propia o a petición de un Estado miembro, podrá formular en cualquier momento un dictamen de incompatibilidad.

⁷⁹EUROPEAN COMMISSION (2010): Working Paper “The interface between...”, op. cit, p. 25.

⁸⁰Decisión 94-D-41, CCRF, Label de calidad aviar.

acompaña de precio indicativo o impuesto de venta al consumidor y suponía una mejora de la calidad de los vinos que se le ofrecen al consumidor⁸¹.

En el ámbito interno, cabe mencionar la respuesta positiva a la solicitud de autorización singular “para la elaboración y publicación del Índice Trimestral de Tendencias de Mercado de Productos Lácteos en España” (ITTMPLE) con amparo en el artículo 4 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia.⁸²

5.2. Prácticas prohibidas

5.2.1. La fijación de precios en origen, de precios mínimos y de precios máximos

En general, las medidas de control directo de los precios pueden ponerse en práctica mediante la fijación de precios mínimos de compra de materias primas o imponiendo precios mínimos de reventa a los distribuidores. Este tipo de comportamiento puede constituir un intento de crear un monopsonio o monopolio⁸³.

La fijación de precios en origen no tienen base legal en el marco de la PAC ya que ninguna Organización Común de Mercado las han amparado⁸⁴. Entre otros supuestos, esta cuestión fue abordada por el TJCE con motivo de la extensión de norma del acuerdo interprofesional del Consejo Regulador Cognac relativo al precio de los vinos blancos para destilación. En particular, este acuerdo consistía en el establecimiento de un precio mínimo. En aquella situación, el Tribunal comunitario consideró que dicho acuerdo era contrario al artículo 101 TFUE⁸⁵.

A estos efectos, en determinadas situaciones se ha alegado la presencia de determinadas habilitaciones con carácter reglamentario que no tienen el rango jerárquico suficiente para aceptarse como fundamento de excepciones a lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia. En este contexto se ha argumentado la inviabilidad de la facultad de fijación de precios por un Consejo Regulador de una Denominación de Origen con base en artículo de su Reglamento de funcionamiento⁸⁶. Tampoco puede estar amparada en la libertad sindical, como precisó la Comisión Europea⁸⁷. En nuestro ámbito interno, se ha precisado que

⁸¹Decisión 81/14 CC RF, vino de Cahors, de 5/07/1994.

⁸²RESOLUCIÓN AUTORIZACIÓN SINGULAR A 346/2004, Productos Lácteos (expediente Servicio 2502/2004).

⁸³LUCARELLI, S.: “Appellations of origin and...”, p. 16.

⁸⁴WINKLE, W.: “The effect of european and national competition law on the...”, p. 8, op. Cit.

⁸⁵Entre otros, véase: COELLO MARTÍN, C. Las Bases históricas y administrativas del Derecho..., p. 760-772.

⁸⁶Dictamen ACC (1/2009) Les Garrigues, accesible el 18.5.2010 en <http://acco.gencat.cat/>.

⁸⁷Decisión de la Comisión 2/04/2003 (Carnes de vacuno francesas), op. cit.

ni está amparada en la libertad contractual ni pueden utilizarse los contratos tipo (Ley 2/2000) para tal fin.

En cuanto a los acuerdos de precios mínimos, éstos no han sido admitidos como compatibles con las disposiciones del Tratado a escala comunitaria. Con motivo del expediente Carnes de Vacuno (Francia, 2003) que tiene por origen el acuerdo, en plena crisis de las “vacas locas”, de 6 federaciones relativo a la fijación de un precio mínimo para determinadas categorías de carne de vacuno y a la limitación o suspensión importaciones de terceros culminó con una multa de 16,7 millones de euros para las citadas federaciones⁸⁸.

En el caso del Label de calidad aviar francés, la autoridad francesa determinó que la fijación de un precio mínimo en origen recomendado, de manera implícita o explícita, colectivamente, no está amparada por la OCM cuando fija precios de intervención⁸⁹.

En relación con los acuerdos de establecimiento de precios máximos, cabe destacar una decisión de la autoridad italiana de defensa de la competencia que dictaminó en contra de la fijación de precios máximos de adquisición de cerdos de los productores de DO Jamón de Parma⁹⁰.

5.2.2. Las bonificaciones o descuentos uniformes vinculados

Existen determinadas prácticas comerciales consistentes en la aplicación de una bonificación o de un descuento de carácter uniforme vinculado a determinadas circunstancias, como puede ser la calidad del producto. Esta práctica de fijación de bonificaciones o descuentos uniformes vinculados fue objeto de atención por la autoridad de la competencia española en 1997, por la existencia de una denuncia UPA a FENIL (transformadores) en relación a dos actuaciones: el pacto de precio de leche en origen, que no resultó probado, y las bonificaciones o descuentos uniformes vinculados a la calidad del producto, que fue probado al constar en una Circular⁹¹.

5.2.3. La recomendación colectiva de precios

Conviene, aunque de manera breve, realizar una cita en este punto a la práctica de las recomendaciones colectivas de precios. Ésta ha sido una práctica perseguida con firmeza por las autoridades de la competencia. En nuestro ámbito

⁸⁸Op. cit.

⁸⁹Op. Cit.

⁹⁰Decisión 3999, de 19 de junio 1996 de la autoridad italiana de defensa de la competencia.

⁹¹Resolución de 3/06/1997, expediente. 352/94, Industrias lácteas. La constatación fáctica de la existencia de dicha práctica tuvo como consecuencia la imposición de una multa de 15 millones de pesetas.

interno, suenan recientes las sanciones impuestas en el sector agroalimentario por este tipo de actuaciones contrarias al Derecho de la Competencia⁹².

5.2.4. Los acuerdos relativos a la extensión de norma de calidad.

En un apartado anterior se ha analizado que en el marco del Reglamento OCM única se han establecido una serie de excepciones a la aplicación del artículo 101.1 TFUE en el sector agroalimentario, entre las que destacan determinados acuerdos adoptados por las Interprofesionales agroalimentarias. No obstante, en determinadas ocasiones, los determinados acuerdos han sido cuestionados.

Esto es porque aunque la designación de los componentes de los mismos por la autoridad pública a propuesta de las organizaciones profesionales del sector no impide, como estableció la sentencia BNIC/Clair⁹³, la celebración de prácticas colusorias contrarias al entonces artículo 85. El TJCE entiende que el citado artículo del Tratado se aplica, con arreglo a sus propios términos, a los acuerdos entre empresas y las asociaciones entre empresas, sin que sea relevante el marco jurídico nacional bajo el que se adopten tales decisiones aun cuando éste sea de carácter público como el Consejo Regulador del Cognac (BNIC), destaca Coello Martín⁹⁴.

Así, en el ámbito de las interprofesionales agroalimentarias, Hortyfruta (CDCA I06/08) adoptó un acuerdo de extensión de norma de calidad y procedimiento que fue considerado por la autoridad de la competencia andaluza como

⁹²Entre otros asuntos, se pueden citar en el sector de las panaderías, la multa impuesta a CEOPAN (resolución S/0046/08) por las declaraciones públicas de sus representantes en las que se manifestaba que: “es imprescindible que se venda el pan a su precio real”...”aguantar al máximo antes de subir los precios”...” hemos intentado aguantar los precios pero llega un momento en que la situación se hace insostenible”... “la subida de precios responde, en gran parte, al empujón que han pegado en los últimos meses las tarifas de los cereales”. Estas manifestaciones fueron consideradas recomendaciones colectivas prohibidas, alcanzando la multa a 22.500 euros. Otro caso reciente de recomendación colectiva de subida de precio se ha dado en el sector aviar con la sanción a PROPOLLO (Resolución S/0046/08). La autoridad de la competencia ha resuelto multar en 200.000 euros a la citada por considerar recomendaciones colectivas prohibidas una sucesión de notas de prensa y declaraciones públicas en las que se contenían afirmaciones del siguiente tenor: “el precio del kilo de pollo podría subir en breve entre 0.18€ y 0.20 € con motivo de los incrementos que se han producido este año en el precio del pienso”...”al igual que otros sectores... que ya han subido o están pensando subir sus precios, consideramos que es de extrema necesidad que nuestro sector haga lo mismo”...” la subida del precio del pollo será inmediata” En relación con la recomendación general de subida de precios, en 2009, la Comisión de Defensa de la Competencia ha sancionado a FIAB y asociados y CEOPAN 2009 (resolución S/0053/08) por unas declaraciones públicas sobre futuros incrementos en el precio de los alimentos debido al aumento de los precios de las materias primas en los mercados internacionales mediante las siguientes expresiones “un permanente aumento del coste de las materias primas y otros inputs ... deberá trasladarse al precio del producto final”. En este asunto, las multas fueron 500.000€ a FIAB; 270.000 € a CEOPAN, etc.

⁹³Véase Sentencia del TJCE de 30-1-1985, op. cit, pág. 391, y la cita de LÓPEZ ESCUDERO, M.: “Las reglamentaciones nacionales anticompetitivas (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de noviembre de 1993, asuntos Meng, Ohra y Reiff), Revista de Instituciones Europeas 1994 p.917-942.

⁹⁴COELLO MARTÍN, C.: Las Bases históricas y administrativas del Derecho..., p. 766.

conducta prohibida y no justificada en el marco de la PAC ni de los beneficios a consumidores⁹⁵.

5.2.5. Los acuerdos relativos a los cupos de venta, las cuotas y los planes de producción

Con carácter previo, se ha mencionado que, entre las particularidades del sector agroalimentario, hallamos a los Consejos Reguladores, que vienen definidos en el Ordenamiento como órganos de gestión de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas de procedencia⁹⁶.

Los acuerdos y prácticas de los Consejos Reguladores de las figuras de calidad agroalimentarias son también objeto de atención desde las autoridades públicas. Junto al acuerdo de fijación de precios del vino blanco, que dio lugar al primero de los asuntos BNIC, anteriormente citado, el Consejo Regulador del Cognac ha dado también motivo a pronunciarse al TJCE sobre la incompatibilidad con las normas de competencia de un acuerdo interprofesional consistente en la creación de una cuota de comercialización con la finalidad de permitir la comercialización con la finalidad de permitir equilibrar la comercialización de todos los aguardientes producidos en la región de Charentes⁹⁷. En ese caso declaró también contraria al Tratado la Orden ministerial que daba cobertura a la extensión de norma del acuerdo citado, como claramente señala Coello Martín⁹⁸.

Señala Lucarelli que, en varios casos en la UE, las autoridades de la competencia

⁹⁵En el citado Informe (op.cit) se afirma que el Acuerdo de Extensión de Norma de la OIA “Hortyfruta” limitaría la producción y afectaría al comercio de productos agrarios. El Consejo andaluz consideró que los motivos por los cuales dichas restricciones serían necesarias no estaban suficientemente justificados, ni tampoco los aspectos beneficiosos para los ciudadanos derivados de la aplicación de dicha extensión de norma, conforme a lo establecido en la Resolución, de 10 de julio de 2008, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía. El Acuerdo no detallaba como las restricciones que se pretendían imponer a la comercialización de determinados productos agrarios contribuían a los objetivos de la política agrícola común, por los siguientes motivos: “... No conlleva una mejora técnica de la calidad de los productos que se comercializan, sino una limitación a la comercialización de productos básicos que están autorizados y se pueden comercializar y que, en todo caso, podrían seguir siendo importados de terceros países; las restricciones de las calidades que se pueden poner en el mercado no deberían ser justificadas sobre la base de la revalorización de los productos o como arma defensiva frente a la creciente competencia por la importación de terceros países; no se detallan las medidas que se establecerán para garantizar que no se producirán posibles “situaciones de desabastecimiento en los mercados o indeseables subidas de precios al consumidor”; no especifica como estas medidas podrían beneficiar los intereses de los consumidores”. El Consejo consideró que las restricciones a la comercialización de productos agrarios se producirían en un mercado que está en las primeras fases de la cadena de valor alimentaria, con importantes repercusiones en otros sectores, al tener numerosas interacciones económicas y sobre el consumidor final. Todo ello en forma de precios más elevados y menos tipología de productos para elegir. Asimismo, dichas repercusiones sobre los consumidores se podrían concentrar, con particular intensidad, sobre las economías domésticas con menores ingresos.

⁹⁶Ley 24/2003 de la Viña y el vino, op. cit.

⁹⁷STJCE de 3/12/1987, op. cit.

⁹⁸COELLO MARTÍN, C.: Las Bases históricas y administrativas del Derecho..., p. 770.

han detectado que determinados Consejos Reguladores habían adoptado medidas de control total de la oferta, reflejando claramente figuras de *cártel* monopolísticos. Así el programa anual de oferta se acompañaba de detallados descensos de la producción mediante cuotas adjudicadas a los productores, cuyo respeto se aseguraba por el establecimiento de sanciones. Ocasionalmente, se han detectado también medidas de control directo de los precios a través de la fijación de precios máximos para la adquisición de materias primas o imponiendo precios mínimos de reventa a los distribuidores. Ante la dificultad de realizar una evaluación general de los posibles riesgos y obstáculos en el mercado ligados al uso de una denominación de origen o una marca de certificación, la doctrina citada propone una valoración caso por caso de los mismos. En estos casos, las autoridades de la competencia de los respectivos estados coincidieron en afirmar que los consorcios o consejos reguladores no tenían conferidos poderes para establecer cuotas de producción ni límites en la oferta ni control alguno sobre la oferta más allá de sus legítimas funciones de control de la calidad.⁹⁹

En Derecho comparado, puede referirse como ejemplo de práctica prohibida el plan de negocio del Consorcio de Jamón San Daniele, en el que se determinaba que una empresa que quiera comenzar a producir jamón usando el citado nombre, debía solicitar al Consorcio una cuota de producción. La autoridad italiana de la competencia ha tenido ocasión para pronunciarse negativamente también sobre los planes de calidad del queso Parmigiano-Reggiano y Grana Padano y del Queso Gorgonzola¹⁰⁰.

Otro ejemplo de plan de producción contestado por la autoridad competente de la competencia por contener medidas no necesarias para mejorar la calidad del producto ha sido el plan aprobado por la Interprofesional del Queso de Cantal (con límites de producción anuales y método de colocación de las ofertas)¹⁰¹.

En el ámbito interno, respecto a los Consejos reguladores, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia se empleó con claridad en el expediente relacionado con los acuerdos del Consejo Regulador de Vino de Jerez relativos al establecimiento de cupos de venta¹⁰² y, por determinadas autoridades autonómicas,

⁹⁹LUCARELLI, S.: “Appellations of origin and...”, p. 16 a 21).

¹⁰⁰Decisión nº 4352, de 24 de octubre 1996, del Consejo de competencia italiano, relativa al plan de producción adoptado por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen del Queso Parmigiano-Reggiano y Grana Padano; Decisión 3999, de 19 de junio 1996, del Consejo de competencia italiano, relativa las prácticas anticompetitivas de fijación de precios máximos para las adquisiciones de los productores de cerdos por el Consorcio de la Denominación de Origen Jamón de Parma y de San Daniel; y Decisión nº 6549, de 12 de noviembre 1998, sobre introducción de cuotas de producción por el Consorcio del Queso Gorgonzola.

¹⁰¹Decisión nº 92-D-30, de 28 de abril 1992, del Consejo de la Competencia francés relativa a las prácticas del Comité Interprofesional del Queso de Cantal.

¹⁰²Op. Cit.

ha sido cuestionada la capacidad de fijar precios en origen que el Reglamento del Consejo Regulador¹⁰³.

5.2.6. La práctica comercial de los precios a resultas

El concepto de la práctica mercantil de los precios a resultas contiene aquella compraventa de productos, en este caso agroalimentarios, que se formaliza aunque sea verbalmente sin garantía de cobro del precio y sin precio pactado. También se produce la venta a resultas sobrevenida, es decir, habiéndose pactado un precio y no constando el mismo por escrito, el comprador incumple el pago del precio¹⁰⁴.

En los casos en que se demuestre una posición dominante de mercado, la no fijación del precio en el contrato por escrito es abuso de posición dominante y/o acuerdo anticompetitivo. Cuando esta posición dominante no pueda ser demostrada, el Ordenamiento ofrece la posibilidad de realizar una reclamación en el orden jurisdiccional civil cuya fundamentación podría encontrarse en la competencia desleal.

5.2.7. Las normas y las actuaciones de la Administración

Las Administraciones quedan sujetas también a la Ley de Competencia Desleal por la concepción objetiva de la que parte el legislador al abordar la Institución de la Competencia. Dos casos llamativos sirven para ilustrar este punto; siendo el primero de ellos la Ley 23/1991 del Parlament de Catalunya, conocida como la Ley del Pan de Cataluña, que disponía que los domingos sólo podían abrir las pastelerías y no las panaderías. Además disponía que las pastelerías, los domingos sólo podía hacer pan enriquecido. Esta disposición fue recurrida y el TC determinó que esta limitación de la oferta era una conducta prohibida por el Ordenamiento Jurídico¹⁰⁵; el segundo de los ejemplos es el Decreto 402/2008 de mercados agrarios de Andalucía que regula unas mesas de precios cuyo funcionamiento ha sido calificado como conducta prohibida a la luz del Derecho de la Competencia por considerarse un ejemplo evidente de recomendación colectiva por la autoridad andaluza de la competencia¹⁰⁶.

5.3. El debate sobre la posible posición dominante colectiva de la gran distribución

En el inicio de este trabajo se ha hecho mención a la relevancia de la distribución

¹⁰³Op. cit.

¹⁰⁴SAP Murcia 1333/2006, de 23/05/2006, JUR\2007\124853.

¹⁰⁵STC 228/1993.

¹⁰⁶Resolución CDCA I/06/08.

en la configuración de los mercados agroalimentarios. Junto a la discutida integración de la gran distribución en las organizaciones interprofesionales agroalimentarias¹⁰⁷, el debate sobre la posible posición colectiva de la gran distribución es de gran actualidad.

En un apartado anterior se ha mencionado en relación con el artículo 102 TFUE y el **abuso de la posición dominante**, que es incompatible con el mercado común y, en consecuencia prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo¹⁰⁸. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas¹⁰⁹;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva¹¹⁰;

¹⁰⁷Este debate escapa del objeto de estas líneas pero la doctrina se ha ocupado del mismo con especial atención, entre otros, véase: CEBOLLA ABANADES, M.A.: “Las organizaciones interprofesionales...”, op. cit., p. 23.

¹⁰⁸WEATHERILL, S.: Case & materials..., op. cit., p. 533 y ss.

¹⁰⁹Como en el caso de los servicios de catering y otros del Aeropuerto de París, que imponían a los proveedores de éstos servicios garantías comerciales discriminatorias (Decisión 98/538, DOCE L 252 de 12.9.1998). Otro ejemplo ha sido la confirmación por el TJCE de la condena a France Telecom por el abuso de posición dominante en el mercado francés de acceso a internet mediante “una práctica de precios predatorios que no permite cubrir los costes variables ni los totales en el marco de un plan dirigido a apoderarse del mercado de acceso a Internet” durante un periodo de tiempo clave para el desarrollo de este mercado (Sentencia del TJCE de 30.1.2007, asunto T-340/03, France Télécom SA / Comisión de las Comunidades Europeas).

¹¹⁰Por ejemplo, los “programas de remuneración de rendimiento” de British Air ways denunciados por Virgin tenían como efecto incentivar a las agencias de viajes británicas a mantener o incrementar sus ventas de billetes de BA, con preferencia sobre las de billetes de las compañías aéreas competidoras fueron considerados como explotación abusiva de una posición dominante puede consistir en aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva. los programas de remuneración controvertidos, en la medida en que carecen de contraprestación económicamente justificada, se dirigían esencialmente a retribuir el incremento de las ventas de billetes de BA de un periodo a otro y, por tanto, a reforzar la fidelidad a BA de las agencias de viajes en el Reino Unido. Estos programas obstaculizaban, como consecuencia, la entrada o aumento de la cuota de las compañías aéreas competidoras de BA en el mercado británico de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo y obstaculizaban así el mantenimiento del grado de competencia existente o el desarrollo de dicha competencia en el mencionado mercado. Dado que en la época de los hechos de que se trata, el 85 % de los billetes vendidos en el territorio del Reino Unido se emitían con la intermediación de las agencias de viajes, el comportamiento de BA en el mercado de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo de este Estado miembro «no pudo dejar de producir, en perjuicio de las compañías aéreas competidoras, un efecto excluyente de los mercados británicos del transporte aéreo» (Sentencia TJCE de 15/03/2007, C-95/04 P, British Airways plc / Comisión de las Comunidades Europeas).

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos¹¹¹.

La evaluación de si una empresa goza de posición dominante y del grado de poder de mercado que posee es un primer paso de la aplicación del artículo 102 TFUE. Según la jurisprudencia, el hecho de disfrutar de una posición dominante confiere a la empresa en cuestión una responsabilidad especial cuyo alcance debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada asunto¹¹².

En determinados ámbitos se ha afirmado que la posición dominante colectiva de la gran distribución permite definir algunas cláusulas contractuales habitualmente empleadas por estos operadores económicos como conductas susceptibles de constituir abuso de posición dominante individual o colectiva o acuerdos anticompetitivos¹¹³.

Así, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, como ejemplos de abuso de posición dominante, ha descrito diversas situaciones en relación con la forma del contrato (la no fijación por escrito y por adelantado de las condiciones contractuales con los proveedores y la modificación retroactiva de las condiciones comerciales, entre otras. En cuanto a los pagos, se han referenciado como cláusulas abusivas las relativas a los pagos por preferencia en lineales o por ampliación de surtido de productos o por utilización de cabeceras de góndola o por reposición de productos en el lineal, los descuentos globales sin relación con las ventas, los pagos para gestionar residuos; el retraso en el pago por encima de los 30 días y la fijación de cláusulas de cliente más favorecido.

¹¹¹Como la cláusula de Hoffman La Roche que obligaba a la compra en exclusiva de un conjunto de productos de la empresa (Sentencia de 13/02/1979, asunto 85/76).

¹¹²Comunicación de la Comisión, Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DO n° C 045 de 24/02/2009). El TJCE introdujo en su sentencia del asunto Hoffmann La Roche que la competencia debe existir entre productos que pertenecen al mercado relevante, que presupone un adecuado grado de intercambiabilidad y sustituibilidad entre los productos en cuestión. En esta Sentencia, el TJCE vino a afirmar que cada grupo de vitaminas constituía un mercado separado y que un producto puede pertenecer a dos mercados separados si puede ser usado para distintos fines (Sentencia de 13.2.1979, asunto 85/76). En todo caso, la Comisión en su Comunicación refiere la siguiente jurisprudencia: Asunto 322/81, Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I)/Comisión, Rec. 1983, p. 3461, apartado 57; asunto T-83/91, Tetra Pak/Comisión (Tetra Pak II), Rec. 1994, p. II-755, apartado 114; asunto T-111/96, ITT Promedia/Comisión, Rec. 1998, p. II-2937, apartado 139; asunto T-228/97, Irish Sugar/Comisión, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 112; y asunto T-203/01, Michelin/Comisión (Michelin II), Rec. 2003, p. II-4071, apartado 97.

¹¹³TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (2009) “La distribución de bienes de consumo diario: competencia, oligopolio y colusión tácita, accesible el 18/05/2010 en http://www.ogasan.ejgv.euskadi.net/r51-14000/es/contenidos/informacion/imformes_mercados/es_infomerc/adjuntos/090420%20DISTRIBUCION%20COMERCIAL%2020%20ABRIL%202009%20FINAL.pdf.

Por último, otra práctica cuya validez jurídica ha sido debatida por el citado Tribunal ha sido la conocida como de las “Murallas Chinas”, que consiste en la realización de auténticos parapetos físicos en los lineales de la distribución minorista entre las marcas blancas de la propia distribución y el resto de productos identificados con marcas comerciales, a favor de las primeras.

6. Objetivos sectoriales y perspectivas

Los mercados agroalimentarios presentan un balance cuanto menos negativo en relación con las condiciones óptimas de competencia que deberían existir para un funcionamiento más eficiente de los mismos. En este sentido, se plantea la necesidad de centrar los objetivos sectoriales en el fomento de la contractualización y la elaboración de códigos de conducta, etc.

En primer lugar respecto a la contractualización, es necesario subrayar que el contrato permite fijar por comprador y vendedor las características del producto, primas de precio por determinados factores o descuentos asociados a determinados factores, etc. La existencia de soporte contractual es un elemento indispensable también a efectos de conocer la evolución de los precios y otros datos necesarios para elaborar estadísticas e informaciones que aporten más transparencia y, por lo tanto, eficacia al sector. Sobre los Códigos de conducta, planean diversos interrogantes entre los que se menciona el hecho de ser incumplidos por la distribución y de la no constancia de dicho incumplimiento en ningún tipo de soporte. Estos Códigos además tienen sólo efecto vertical (productor-distribuidor) y no abordan el papel de la distribución como competidor del productor (marca blanca).

En segundo lugar, respecto al incremento de la coordinación vertical, ésta debe fomentarse entre la producción (organizaciones de productores y asociaciones de organizaciones de productores e interprofesionales) mediante la identificación de los incentivos económicos y la facilidad de acceso a ayudas públicas. Este aumento de la coordinación vertical permitiría la adopción de acuerdos compatibles con el Derecho de la Competencia, como por ejemplo, las extensiones de norma de las interprofesionales. Igualmente, facultaría para adoptar acuerdos permitidos como los intercambios de información sobre la producción y el mercado, la gestión de la oferta (planes de cultivo, calendario, decisiones conjuntas de retirada de producto, calidades mínimas), etc. Entre los condicionantes a estos tipos de acuerdo, junto a los analizados previamente, destaca el término, que viene indicado por la validez temporal limitada a la autorización obtenida.

En tercer lugar, en cuanto a los precios, las recetas planteadas hasta el momento como la creación de los mercados de futuros y opciones no han enraizado plenamente en el sector agroalimentario¹¹⁴. Actualmente, han sido planteadas propuestas sobre creación de seguros de rentas y de instrumentos que permitan una mayor transparencia de precios.

La combinación de ambos elementos puede ser de gran interés para el sector. En todo caso, algunos ejemplos de Derecho comparado pueden servir de referencia como las cláusulas de precios abiertos de los TOMP contracts del sector cárnico en EEUU, donde se pacta en el contrato pagar el mejor precio que haya en el mercado en el momento del suministro; o las de establecimiento de precios fijos del mismo sector (MFC clause) por la que se obliga al vendedor a compensar por la diferencia entre el precio de compra y el precio de compra más bajo ofrecido por el mismo vendedor durante un periodo de tiempo específico posterior al contrato¹¹⁵.

A modo de conclusión, se constata la existencia de viejas recetas necesitadas de nuevos impulsos en los mercados agroalimentarios. Estos ejes de actuación parten de permitir a la producción fortalecer su posición de mercado e incrementar la transparencia del mismo. Para ello, son otros ejes de actuación el fomento de los contratos escritos para evitar desistimientos o modificaciones en las transacciones de tradición verbal; los seguros agrarios de rentas; la promoción de la coordinación vertical y las figuras de calidad que se configuran como signos distintivos de dominio público (denominaciones de origen, indicaciones geográficas, producción ecológica, etc.); y el seguimiento y control de la actividad contractual de la distribución.

¹¹⁴Actualmente, se encuentra en funcionamiento el Mercado de Futuros del Aceite de Oliva (MFAO) desde enero de 2004, gestionado por la Sociedad Rectora de este mercado (MFAO, Sociedad Rectora del Mercado de Futuros del Aceite de Oliva, S.A.), que agrupa a la Junta de Andalucía, diversas entidades financieras y empresas del sector olivarero. En la actualidad es el único mercado establecido en España de productos derivados sobre subyacente no financiero (aceite de oliva), tras la desaparición del mercado de futuros y opciones sobre cítricos en 2003. Respecto a éste, véase: CUENCA, M.A.: “El mercado de futuros y opciones sobre cítricos” en <http://www.unctad.org/infocomm/francais/orange/Doc/future.pdf>.

¹¹⁵XIA T. Y SEXTON R.J.: “Can processors use contracts to...”, p. 2.

3. ORGANIZACIONES EMPRESARIALES AGROALIMENTARIAS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

PONENTE: JUAN IGNACIO RUIZ PERIS
(CATEDRÁTICO DERECHO MERCANTIL)

1. Asociacionismo empresarial en el sector agrícola

El sector de la producción agrícola se caracteriza, frente al de la distribución, altamente concentrado, por su elevada disgregación y atomización. Se trata además de un sector que ha sido objeto de múltiples intervenciones desde la perspectiva del sector público, autonómico, estatal y comunitario incluyendo PACs y OMCs, y de frecuentes subvenciones. Del mismo modo cabe señalar su fuerte dependencia del arancel común de importación comunitario que en muchas ocasiones se fija atendiendo a consideraciones de carácter político, como las políticas de fijación de poblaciones potencialmente migrantes en origen, más que por razones económicas, como la obtención de menores precios para los productos por parte del consumidor europeo. Por último el sector es igualmente sensible al denominado dumping social y ecológico como consecuencia de los menores costes de mano de obra y las regulaciones más laxas en materia de fitosanitarios existentes fuera de la Unión Europea.

Todo ello ha llevado a que tradicionalmente hayan existido una importante organización de los agricultores bien a través de organizaciones de carácter parcialmente institucional como las Cámaras Agrarias y los Consejos Reguladores como por medios de carácter estrictamente privado como las Federaciones y Uniones de agricultores.

Tanto unas como otras no sólo cumplen funciones estrictamente empresariales sino también políticas. Esta segunda faceta de este tipo de asociaciones genera una dialéctica reivindicativa difícil de reconducir, en algunas ocasiones, al debate constructivo de soluciones acordes con el Derecho de la Competencia. Sin embargo hay que señalar un claro proceso de asunción del marco de competencia por parte de las asociaciones y federaciones de agricultores españolas y en particular de nuestra Comunidad que cuenta con excelentes organizaciones y directivos en el sector.

2. Asociacionismo empresarial y Derecho de la Competencia

Las asociaciones de agricultores tanto institucionales como privadas son consideradas por el Derecho de la Competencia como asociaciones de empresas ya que aquél califica como empresa a cualquier persona u organización que produzca o distribuya productos o preste o medie en la prestación de servicios de

forma habitual para el mercado.

El fenómeno del asociacionismo empresarial ha sido siempre objeto de atención del Derecho de la Competencia ante el riesgo de que las asociaciones empresariales, legítimamente constituidas por sus miembros en defensa de sus intereses colectivos, determinaran la constitución de foros en que las decisiones comerciales individuales de cada operador, adoptadas autónomamente por el mismo, fueran sustituidas por decisiones colectivas, adoptadas conjuntamente por los miembros de la asociación o por sus órganos, truncando de esta forma la competencia entre ellos.

Es por ello que la normativa de competencia, artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC, prohíbe, con diferentes formulaciones, las conductas colectivas que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia o que produzcan o puedan producir dicho efecto.

Analizaremos en este trabajo de forma breve algunas de las principales cuestiones que en este ámbito se plantean y en particular aquellas relativas a las organizaciones a las que puede afectar la prohibición, las conductas prohibidas, las consecuencias derivadas de la infracción para la asociación y sus directivos, el sistema de autoevaluación, la conveniencia de realizar auditorías y contar con asesoría especializada en materia de competencia por parte de las Asociaciones Empresariales y el Derecho de Defensa de la Competencia como aliado; no sin antes realizar algunas reflexiones en los dos epígrafes siguientes acerca del cambio de paradigma y los problemas de incomprensión respecto de las reglas de competencia en el sector agrícola y sobre la necesidad de un debate técnico.

3. Cambio de paradigma e incomprensión respecto a las reglas de Competencia

El significativo número de resoluciones de la CNC y de las autoridades autonómicas de competencia que declaran infracciones “ingenuas” del Derecho de Defensa de la Competencia como consecuencia de acuerdos prohibidos reflejados en los estatutos, reglamentos o acuerdos de las asociaciones empresariales o profesionales del sector agrícola pone de relieve la incomprensión que existe entre los operadores de dichos sectores respecto a los objetivos y finalidad del Derecho de la Competencia.

Un ejemplo de lo dicho podemos encontrarlo en la Resolución de 27 de mayo de 2009. Expediente S/0064/08 Veterinarios Especialistas Équidos.

En este caso la Asociación Española de Veterinarios Especialistas en Équidos, (AEVEE), en su acuerdo formal de adopción de un sistema de honorarios recomendados indica:

Aunque nuestra Legislación no permite la existencia de honorarios mínimos de obligado cumplimiento se hace necesario dentro del colectivo de profesionales dedicados a la Clínica Equina el establecimiento de unos honorarios de referencia que se denominan Honorarios Mínimos Orientativos, acordes con las exigencias y responsabilidades que conlleva nuestra profesión. Se trata de esta forma de establecer honorarios unificados que eviten en la medida de lo posible casos de competencia desleal.

La incomprensión señalada se manifiesta en este caso en la identificación de la competencia por precios con una conducta desleal.

Aunque en determinados casos, tal y como sucede en algunos supuestos de venta a pérdidas previstos en los artículos 17 LCD y 14 LOCM, o en los casos de dumping, la competencia por precios puede resultar desleal lo cierto es que este tipo de competencia está en la base de una competencia eficaz en el mercado que permita la asignación de recursos de la forma más eficiente a favor de los consumidores.

Y es precisamente esta competencia eficaz la que pretenden proteger las normas de Defensa de la Competencia. La tutela de una competencia efectiva en interés de los consumidores y del mercado constituye de este modo el objetivo principal de las normas de Defensa de la Competencia, en tanto que su aplicación tiene además el efecto de tutelar al competidor u operador profesional lesionado por los actos anticompetitivos realizados por el infractor.

Ello implica un cambio de paradigma en la actuación de los operadores económicos en el mercado. Si con anterioridad a la efectiva aplicación de las normas de defensa de la competencia los intereses tomados en consideración a la hora de adoptar una decisión de mercado eran los individuales de cada operador o los colectivos de la asociación o sociedad de la que fuere miembro, ahora el análisis de las conductas realizadas en tutela de los intereses colectivos va a estar sometida a un análisis de licitud atendiendo a que vulneren o no el interés protegido por las normas de Defensa de la Competencia.

Las asociaciones y organizaciones empresariales o profesionales del sector agrícola no son, por tanto, plenamente libres de fijar su actuar común, sino que por el contrario deben asumir que su conducta colectiva, justificada por la tutela de sus propios intereses, puede ser considerada ilícita en la medida en que implique la coordinación de su actuación en el mercado.

Y en la comprensión de este paradigma heterónomo ajeno a los intereses propios de los operadores y que se les impone por parte del ordenamiento estriba el éxito de una mayor y más fácil aplicación del Derecho de Defensa de la

Competencia y por tanto, de la preservación o promoción de un mercado cada vez más eficiente con los beneficios económicos colectivos que ello conlleva.

La aplicación de este tipo de reglas exige una delimitación técnica, no exenta de dificultades, respecto a en qué casos estamos ante la legítima representación de los intereses profesionales de los asociados y en cuáles nos encontramos ante supuestos de colusión.

4. Necesidad de un debate técnico: un ejemplo de aplicación

En efecto resulta preciso concienciarse de que el debate en materia de competencia no se resuelve en proclamas más o menos demagógicas o supuestas verdades de Perogrullo, sino que exige un nivel técnico jurídico y económico profundo y elevado.

Ejemplo de lo dicho puede ser el análisis realizado en la Resolución de 4 de junio de 2009 expediente 2779/07 Consejo Regulador de Denominaciones de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar.

En este caso las conductas prohibidas fueron tres acuerdos uno de ellos mediante la modificación del Reglamento del Consejo Regulador por los que se establecían cupos de ventas para las bodegas de la Denominación de Origen en función de sus ventas históricas.

Para comprender plenamente la cuestión hay que tener en cuenta que el sistema de solera se funda en la denominada ley del tercio, esto es, en cada campaña se extrae aproximadamente un tercio del vino existente en la solera y se repone la misma cantidad de vino nuevo, permitiendo una cierta estabilidad del producto y una duración de la fermentación semejante, asegurando un nivel de calidad homogéneo para el producto. En este sentido tradicionalmente se había admitido la existencia de un límite máximo de extracción de la solera del 40% de las existencias para asegurar la calidad del vino exigiendo una cercanía a 3 años de solera.

Como indica la CNC en la resolución en los tres acuerdos el sistema de cupos pasa de ser un sistema de cupos de existencias justificado por el mantenimiento de la calidad a ser un sistema de cupo de ventas por razones de exceso de oferta en el mercado.

En efecto, el sistema de cupo establecido limita las ventas finales de cada bodega a un porcentaje máximo de sus existencias.

El criterio tomado en cuenta para establecer los porcentajes máximos de ventas sobre existencias son las ventas históricas de cada bodega.

Con ello se falsea el mercado por medio de una conducta discriminatoria que restringe la comercialización de las bodegas más eficientes incrementando el margen de ventas de las menos eficientes.

De otra parte resulta claro que existen alternativas menos restrictivas para lograr la reducción de volumen en el mercado como reducir de modo general el porcentaje de existencias que pueden ser puestos en el mercado en una campaña, lo que implica la imposibilidad de aplicación del 101.3 TFUE o 1.3 LDC y de que la conducta sea considerada exenta.

La CNC señala igualmente que el Consejo Regulador y la Junta tienen competencia regulatoria exclusivamente respecto a la primera puesta en el comercio del producto-vino y no sobre las ventas finales de las bodegas que incluyen vinos adquiridos de otras bodegas, respecto a los cuales ya se ha producido la primera comercialización.

En estos casos el acuerdo del Consejo Regulador constituye un acuerdo prohibido horizontal de limitación de la puesta en el mercado del producto con la finalidad de sostener los precios que posee además carácter discriminatorio.

Este es el nivel de análisis practicado y para poder crear argumentos discrepantes eficientes resulta sin ninguna duda preciso contar con un asesoramiento competente en la materia.

5. Organizaciones a las que puede afectar la prohibición

La prohibición puede afectar a todo tipo de organización empresarial agrícola con independencia de su denominación.

Basta con que cumpla tres condiciones:

- Que constituya una organización de carácter estable o duradero o que se pretenda que lo sea.
- Que agrupe a agricultores independientes que son considerados empresas desde la perspectiva del Derecho de la Competencia al constituir unidades económicas que fijan de modo autónomo su línea de actuación en el mercado, con independencia de que sean titulares o no de una verdadera organización económica empresarial desde la perspectiva organizativa.
- Que adopten decisiones colectivas por medio de sus órganos.

Quedan incluidas también las asociaciones de asociaciones de empresas sectoriales, las asociaciones multisectoriales y las que reúnen empresas oferentes y demandantes en un mercado.

No es necesario que las asociaciones tengan por sí mismas la condición de

empresa ni que ejerzan una actividad agrícola, de transformación o comercial propia. Resulta igualmente indiferente que tenga ánimo de lucro o no.

También resulta indiferente si es de adscripción voluntaria, federación o unión de agricultores, u obligatoria o que cumpla funciones de carácter público como sucede con los Consejos Reguladores, tal como indica la Resolución CNC de 4 de junio de 2009, Consejos reguladores de las denominaciones de Origen Jerez Vinos de Jerez y Manzanilla de San Lúcar expediente 2779/2007.

6. Conductas prohibidas

Las conductas prohibidas pueden constituir acuerdos, decisiones colectivas, recomendaciones colectivas o meros intercambios de información.

Se consideran acuerdos tanto las cláusulas estatutarias de la Asociación como los Reglamentos tanto internos como aquellos que regulan la relación de los miembros con terceros operadores.

Un supuesto común de cláusulas prohibidas reglamentarias son las prohibiciones específicas de publicidad y denigración.

La compatibilidad de una normativa con las normas sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta, lo que permite la admisión de causas de justificación atendiendo al contexto (STJ 26 de julio de 2006, David Meca).

De acuerdo con la misma debe tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión y sus objetivos y si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos y proporcionales a estos objetivos.

También son conductas prohibidas las decisiones colectivas o de la asociación que vinculan jurídicamente a los miembros.

Del mismo modo tienen carácter prohibido las recomendaciones colectivas o de la asociación cuando se acredite la existencia de un seguimiento que haya producido o pueda producir un efecto sensible en el mercado o constituyan la expresión fiel de la voluntad de la asociación de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado y sean aptas para producir un falseamiento, restricción o impedimento de la competencia con prueba aislada de seguimiento Resolución de 24 de marzo de 2009 expediente 649/08 Productos Farmacéuticos Genéricos, o incluso, de acuerdo con la posición sostenida por la CNC, con independencia de que “sea o no finalmente seguida por todos o algunos de sus miembros” Resolución de 10 de septiembre de 2001 del expediente 499/00, IMT/

Repsol.

En cuanto a las denominadas prácticas facilitadoras éstas pueden también constituir conductas prohibidas. Las más comunes son los intercambios de información, las que implican publicitar elementos de política comercial de los operadores y las de estandarización.

En cuanto a los intercambios de información éstos constituyen una conducta prohibida cuando de resultas de contactos entre ambas empresas, desaparezca o, al menos, quede sustancialmente reducida la incertidumbre sobre sus conductas en el mercado. En particular cuando se trate de información empresarial sensible. Se entiende por tal la información generalmente confidencial, por ejemplo estrategias comerciales, precios o cantidades producidas, o la desagregada, si permite la identificación de los operadores a los que se refieren los datos; en especial si es actual, relevante para la adopción de decisiones empresariales y los intercambios son frecuentes, ya que la periodicidad facilita la coordinación de comportamientos competitivos.

La publicidad de precios, tendencias o de la repercusión de costes en precio final puede igualmente favorecer la colusión de los operadores en el mercado. Lo mismo sucede con los acuerdos de estandarización como el uso de un contrato tipo.

Las conductas prohibidas más graves realizadas por las asociaciones empresariales atendiendo a su contenido son la fijación de precios y descuentos, Resolución de 1 de abril de 2008. Expediente 623/07, Transportes Barcelona, el reparto de mercados incluidos concursos públicos y de fuentes de aprovisionamiento, Resolución de 14 de abril de 2009, expediente 639/08 Colegio Farmacéuticos Castilla La Mancha, los límites o control sobre la producción marketing, desarrollo técnico, o inversiones, Resolución de 1 de abril de 2008, expediente 623/07, Transportes Barcelona-, la discriminación en el acceso a la asociación imprescindible para acceder a un mercado, Resolución de 17 de marzo de 2006, Expediente 592/05 Fabricantes Bisutería de Andalucía relativa a participación en ferias sectoriales y el boicot a empresas no miembros, particularmente fabricantes de genéricos o marca blanca, Resolución de 24 de marzo de 2009, expediente 649/08 Productos Farmacéuticos Genéricos, o por medio de acuerdos de exclusividad recíproca por ejemplo entre asociaciones de fabricantes, distribuidores y servicios técnicos, Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2006 Asunto C-105/04 P Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied contra Comisión de las Comunidades Europeas.

7. Consecuencias derivadas de la infracción para la Asociación y sus

directivos

Las consecuencias derivadas de la infracción para la Asociación son de dos tipos: sancionadoras e indemnizatorias. Los miembros de la asociación pueden resultar responsables económicamente tanto de unas como otras. Los directivos de la Asociación tan solo soportan el primer tipo de consecuencias.

Desde la perspectiva sancionadora la asociación puede ser condenada a una multa cuya cuantía se establece sobre el volumen global de negocios de los miembros de la asociación del ejercicio anterior (artículo 63.1 LDC) y cuyo montante puede alcanzar hasta el 1%, leves, 5%, graves o 10%, muy graves.

Por su parte los agricultores miembros de la asociación son responsables subsidiariamente en caso de impago de la sanción por la Asociación.

Cabe la posibilidad de sancionar a directivos de asociaciones de empresas con multa de hasta 60.000 €, a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Hay que tener en cuenta además que en la mayoría de las ocasiones las infracciones cometidas por asociaciones de empresas implican infracciones continuadas analizadas como una infracción única.

El requisito exigido para ello es la existencia de un plan conjunto, debido a su objeto idéntico, que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común.

Los efectos de tal calificación son que no permite la prescripción de las diferentes infracciones singulares que la integran.

La Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto- Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2006 Asunto C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* contra Comisión de las Comunidades Europeas.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios puede ser reclamada por los consumidores u operadores perjudicados por la infracción por medio del artículo 1902 C.c. MASAGUER y ALFARO han propugnado una vía de indemnización

en estos casos seguida por algunas sentencias de audiencia, por medio del artículo 16.1 LCD considerando tales supuestos como casos de infracción de normas que regulan directamente la actividad competitiva.

En la actualidad existen trabajos en el ámbito de la Unión Europea tendentes a dotar de un marco de reflexión común a la solución de estas cuestiones en el ámbito de los Estados miembros competentes para la regulación de la materia. Como ha indicado en diversas ocasiones el Tribunal de Justicia. La indemnización de los daños y perjuicios producidos por las infracciones de la competencia resulta esencial para lograr una efectiva aplicación de la normativa.

8. Sistema de autoevaluación

El tradicional sistema de autorización por las autoridades de competencia ha desaparecido como consecuencia del Reglamento CE 1/2003 y de la LDC 2007. Como consecuencia del mismo cada operador económico debe evaluar por sí mismo la licitud de sus conductas, asumiendo el correspondiente riesgo y responsabilidad, tanto a la luz de la prohibición contenida en los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC como a la de sus respectivos párrafos terceros que establecen los requisitos de exención otrora utilizados por la Comisión a la hora de autorizar una conducta colusoria y en la actualidad por los operadores y aplicadores para valorar ex-ante, en un litigio o en un procedimiento sancionador ante una Autoridad de Competencia si la conducta está exenta o no.

Este sistema de evaluación exige la toma en consideración por las asociaciones empresariales o profesionales del sector agrícola de la concurrencia de los requisitos exigidos para que la conducta se considere exenta de acuerdo con los citados preceptos.

En primer lugar debe comprobarse que las disposiciones estatutarias o reglamentarias, las decisiones o recomendaciones, o las prácticas concertadas o paralelas contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico:

- Que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- Que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos.
- Que no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Cada unión de estos requisitos ha sido objeto de interpretación tanto por las autoridades nacionales y comunitarias de la competencia como por el Tribunal

de Justicia, doctrina que puede verse resumida en la Directrices relativas a la aplicación del artículo 81.3 (actual artículo 101.3 TFUE).

Las consecuencias de que la conducta se considere exenta son la ausencia de ilicitud, la ausencia de sanción y la ausencia de responsabilidad civil.

9. Conveniencia de realizar auditorías y contar con asesoría especializada en materia de competencia por parte de las Asociaciones empresariales

La complejidad de aplicación del Derecho de Defensa de la Competencia y el carácter extraño de la norma respecto de la cultura empresarial tradicional existente en nuestro país aconsejan que las asociaciones empresariales y profesionales del sector agrícola en evitación de posibles sanciones e indemnizaciones de daños y perjuicios, así como de prohibiciones de realizar conductas por ellas decididas realicen auditorías en materia de competencia y estén adecuadamente asesoradas.

Las auditorías de competencia permiten identificar y eliminar aquellos preceptos estatutarios y reglamentarios contrarios a las normas de competencia, así como analizar históricamente las decisiones y recomendaciones empresariales en vigor, para valorar su adecuación a las normas de competencia tanto respecto a su condición de conducta prohibida como respecto al cumplimiento de los requisitos de exención.

En cuanto a la asesoría, ésta permite valorar el carácter anticompetitivo de una disposición estatutaria o reglamentaria, de una decisión o recomendación o de una práctica ex-ante.

10. El Derecho de Defensa de la Competencia como aliado

Por último hay que recordar que el Derecho de la Competencia puede ser un eficaz aliado de las Asociaciones empresariales en su búsqueda de un precio justo para sus productos.

En efecto, puede permitirles defenderse de las conductas anticompetitivas de los compradores y de este modo mejorar las condiciones de venta.

En particular en situaciones de bajos precios derivados de acuerdos restrictivos o abuso de posición de dominio en la demanda una denuncia ante la CNC adecuadamente fundamentada puede dar lugar a una investigación que tenga resultados positivos sobre la situación del sector.

4. MESA REDONDA:

EL SECTOR AGROALIMENTARIO ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

MODERADOR:

VICENTE CUÑAT

(CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL. CONSEJERO DEL CONSELL JURIDIC
CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA)

PONENTE

CRISTÓBAL AGUADO

(PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN VALENCIANA DE AGRICULTORES AVA-ASAJA)

El objetivo del Derecho de la Competencia es promover la “competencia justa” entre las empresas.

Asumiendo que la premisa de que el comercio libre beneficia tanto a consumidores, como a empresas, como a la economía en general, la ley prohíbe distintos tipos de restricciones comerciales y abusos.

Desde un punto de vista general, estas restricciones pueden ser de cuatro tipos distintos: acuerdos horizontales entre competidores, acuerdos verticales entre compradores y vendedores, el abuso de una posición dominante y las fusiones. En el caso europeo se prohíben también las ayudas del Estado.

Si miramos el asunto desde el punto de vista de la Teoría Económica de la Competencia, entonces, el concepto de competencia se refiere a la lucha por (o el mantenimiento de) la superioridad comercial.

En general, cuanto mayor es la competencia, mayor es la probabilidad de que las empresas sean eficientes (y por tanto, menores sus precios) y mayores sean las variedades o tipos de productos (tanto en cantidad como en calidad).

En una hipotética situación de competencia perfecta, el mercado sería lo más competitivo posible por lo que las empresas obtendrían el mínimo beneficio necesario para poder mantener la producción. Si cualquier empresa obtuviera beneficios en exceso, otra empresa entraría en el mercado hasta que los precios y los beneficios volvieran al nivel anterior.

Como la mayoría de los mercados están caracterizados por alguna forma de competencia imperfecta, el número de empresas en el mercado es inferior al del caso de competencia perfecta, por lo que puede ocurrir que algunas empresas tengan algún poder sobre la fijación de precios. Sería este un caso de oligopolio en que unas pocas empresas actúen como un monopolio, mediante la colusión o

pacto ilícito en un cártel o mediante el comportamiento paralelo.

En general, se consideran “elementos desfavorecedores de la competencia” los siguientes:

- La presencia en el mercado de un número reducido de empresas competidoras.
- Cuotas de mercado elevadas para las empresas presentes en el mercado (por ejemplo, si entre muchas, dos dominan el 80% de las ventas en el mercado.
- La existencia de barreras de entrada.
- Una reducida elasticidad de la demanda, es decir, un incremento de precios que no redujera sustancialmente las ventas de la empresa.

Asimismo, el objetivo del Derecho de la Competencia, desde un punto de vista teórico, es la maximización del excedente del consumidor, es decir, unos precios lo más reducidos posibles para que el consumidor pueda adquirir un mayor número de productos y variedades de éstos. Sin embargo, la realidad es más compleja y se han intentado alcanzar otros objetivos, incluso contradictorios en algunos casos. Y, por supuesto, no podemos olvidar que la política de la competencia ha sido fundamental y sigue siéndolo para el mercado único europeo.

Bien, centrándonos en la cadena agroalimentaria, desde el sector productor diremos, sin vacilar, que no sólo está claro que el mercado agroalimentario funciona con competencia imperfecta, sino que nos atrevemos a calificarla de muy imperfecta por las restricciones de competencia y en consecuencia los abusos de posición dominante que en él se dan.

Hay un hecho incontestable y es que el sector agrario europeo sufre la mayor crisis de precios de toda su historia, situándose la mayor parte de las producciones incluso por debajo de costes.

A pesar de ello, tenemos la impresión de que los consumidores no compran los productos agroalimentarios más baratos y, en todo caso, no existe relación de proporcionalidad, en general, entre los precios percibidos por los productores y los precios pagados por los consumidores.

Somos partidarios de crear un observatorio de precios, pero ese observatorio, además de observar, tiene que transmitir la información a otra entidad con competencias reguladoras y sancionadoras para que intervenga en caso de detectarse irregularidades (restricciones o abusos de posición de dominio).

Para mí es muy importante explicar que en otras ocasiones el abuso de posición dominante lleva también a la “venta a pérdida” es decir, a vender al consumidor

por debajo de costes y en ese caso, al consumidor le resulta muy barato (se utiliza el producto como oferta reclamo) y parece que las organizaciones agrarias caemos en una contradicción, pero no la hay, pues es la distribución la que fija el precio al consumidor y a la vez quien decide los precios cadena hacia abajo que, evidentemente, en el caso de comercialización normal, al productor le llega poco y en caso de “venta a pérdida” le llega casi nada.

Los episodios de “venta a pérdida” no son continuos, pero sí es frecuente en algunos productos, todos los años por determinadas fechas, que esto ocurra. Es cierto que lo hacen unas pocas empresas de la gran distribución europea, pero también es cierto que la tendencia a bajar el precio se transmite al resto de las cadenas.

¿Cómo puede la gran distribución operar de este modo, es decir, imponer el precio tanto al consumidor como la cadena hacia abajo? La contestación nos la da entre otros Don Pedro Caballero, investigador del Departamento de Economía y Sociología Agraria del IVIA en un proyecto de I+D+I financiado por el INIA y fondos FEDER, referencia RTA 2006-00094 de donde extraemos:

“Actualmente el reducido número de cadenas del comercio minorista en la UE, forman un oligopolio, con precios en descenso e imposición de normas. En la Economía de la Empresa se estudian varios modelos del comportamiento oligopolista, y aunque es difícil reflejar la realidad en un modelo, se pueden extraer unas líneas propias de su actuación. Así, cada empresa vigila las decisiones de las que son similares, y tiende a imitar los descensos en los precios de compra pero no los aumentos. Las empresas de oligopolios suelen mostrar cierta rigidez en los precios. Normalmente, una cadena o central de compra con mayor dimensión o costes más bajos puede representar un papel de líder en los precios, por lo tanto existe una empresa dominante, por su tamaño, estrategia dura en las negociaciones y el resto acepta su comportamiento”.

Es decir, que hay pocas empresas en el mercado (oligopolio) y existiendo alguna empresa dominante, las demás tienen un comportamiento paralelo. Ahora bien, desde el punto de vista de las autoridades de Competencia parece que se cumple el objetivo de “maximizar el excedente del consumidor”, cuestión que *a priori* no es cierta pues habría que comprobarlo para cada producto y de manera continua, y por el contrario, el peligro real es que gran número de explotaciones agropecuarias se sitúen permanentemente en la inviabilidad económica y acaben cerrando como, de hecho, ya lo están haciendo.

A este respecto tengo que decir que la reducción de los costes de explotación no es ilimitada y que perseverar en esa actuación fácilmente lleva a las explotaciones a la insostenibilidad, pues mientras nuestros competidores en el mercado europeo sean países terceros con otras condiciones de producción, más permisivas, nunca podremos competir con ellos por costes.

Se diga lo que se diga desde el ámbito político estamos ante una clara competencia desleal de las producciones de países terceros y si, realmente, se desea un sector agrario europeo vivo en el futuro, habría que ir corrigiendo todas las cesiones gratuitas realizadas en las últimas décadas bajo el falso estandarte del liberalismo. Porque no nos olvidemos, las producciones foráneas suelen ser utilizadas por la gran distribución como vía de presión para conseguir precios del tercer mundo para las producciones europeas. En cambio, cualquier intento de defensa que realiza el sector productor agropecuario español es rápidamente calificado de ilegal por nuestras autoridades de competencia que continuamente nos recuerdan que no se pueden fijar precios.

El acuerdo puede ser planteado por una interprofesional, puede aludir a precios referenciados que se basan en costes medios de producción, puede tener como objetivo poner límite a las pérdidas (ni siquiera ganar un mínimo que sería lo lógico), pero ni por esas, invariablemente la CNC dictamina la ilegalidad de estas medidas. Medidas similares se toman por las interprofesionales de países vecinos y allí, en concreto en Francia, los acuerdos son respetados, se llevan adelante y no pasa nada. La CNC española insiste en que si no cambia la legislación europea de competencia, los acuerdos son ilegales.

Pues igual de ilegales que en Francia, o es una cuestión de flexibilidad en los Estados miembros y en España se es excesivamente riguroso o ciertamente es cuestión de modificar la legislación europea de la Competencia. Pero algo habría que hacer si realmente se desea impedir los abusos de la posición dominante.

En conclusión y bajo nuestro punto de vista, si el objetivo de la legislación de Competencia es proteger fundamentalmente al consumidor, la mejor manera de hacerlo es protegiendo todo el proceso competitivo y por lo tanto, dotarlo de transparencia y equilibrio, de tal manera que se garantice su sostenibilidad, y ello, sin duda siempre beneficiará al consumidor que no se verá expuesto a dinámicas especulativas diseñadas de acuerdo a intereses muy particulares y concretos que a medio plazo le pasarán factura bien en reducción de calidad y diversidad de productos, bien en vaivenes de precios con tendencia clara a un generalizado incremento de precios.

Sin duda el árbitro de esta difícil y complicada situación es la Administración nacional y/o europea y sería inadmisibles que no se actuara en consecuencia.

PONENTE

SALVADOR FERRER JUAN

(ASESOR JURÍDICO DE FEDACOVA)

En primer lugar, quiero agradecer al Tribunal de Defensa de la Competencia el haber contado con FEDACOVA para participar en esta interesante jornada, y sin más preámbulos, diré que, como todos ustedes ya conocen, la Federación Empresarial de Agroalimentación de la Comunidad Valencia, FEDACOVA, a la que hoy represento en este foro, aglutina un número importante de asociaciones del sector agroalimentario de la Comunidad Valenciana que a su vez están integradas por otro número no menos importante de empresas del sector agroalimentario, tanto de producción, como de elaboración y distribución de productos agroalimentarios.

Las Asociaciones y Federaciones Empresariales, como FEDACOVA, se nutren como he indicado de las aportaciones de sus asociados, a quienes representan y cuyos intereses comunes han de defender. Estos intereses, han de entenderse, intereses generales de los asociados, es decir, inquietudes, problemática general, asesoramiento en general, en materia de mercados, sanitaria, etc., pero en ningún caso puede suplir las estrategias empresariales que cada empresa adopta en el seno de la misma, de forma libre y sin intervención alguna de la asociación o federación correspondiente.

Las Federaciones o Asociaciones no son macro empresas que se dediquen a gestionar directamente las empresas de sus asociados, simplemente les prestan el apoyo que requieran, si entra en el ámbito de sus posibilidades sin acceder a la estrategia o fin específico de cada uno de los asociados, todo ello precisamente para garantizar la libre competencia entre las empresas, tratando de evitar actos desleales o conductas colusorias y sobre todo evitando erigirse en un ente que pueda promover prácticas colectivas prohibidas.

Es cierto que en ocasiones, el derecho de información de los asociados, sobre las circunstancias del mercado puede parecer que choca con el propio Derecho a la Competencia, pero en tanto en cuanto no se promuevan prácticas colectivas prohibidas, en absoluto se puede entender vulnerado el Derecho la Competencia.

Es importante por otro lado significar, que en ocasiones se confunde la diligencia en la gestión asociativa, en interés de los propios asociados, como una práctica prohibida con relación al Derecho de la Competencia, igualmente se confunde la buena gestión empresarial con una posición dominante en el mercado, lo que podría generar expectativas de una práctica prohibida, concretamente el abuso de posición dominante. Debe distinguirse la realidad de lo prohibido y calibrar y moderar la imposición de sanciones, todo no puede estar prohibido o

ser contrario a la competencia en una economía de libre mercado como la nuestra, es preferible recomendar que sancionar.

PONENTE

JOSEP BOTELLA

(SECRETARIO GENERAL DE LA UNIÓN)

Buenos días a todas y a todos, quiero agradecer en primer lugar la gentileza del Tribunal de la Competencia de la Comunidad Valenciana en invitar a la Unió de Llauradors y felicitarles por la organización de esta interesante jornada.

Es evidente que la situación del sector agrario atraviesa por una de las peores crisis de la historia, en estos momentos agravada por la tremenda crisis general en la que se encuentran todos los sectores productivos.

Nuestra situación viene de largo, en los últimos años la pérdida de agricultores y ganaderos ha pasado de ser un problema crónico a ser una incógnita si los sistemas agrarios en nuestra comunidad autónoma son sostenibles o no.

En la actualidad zonas importantes del interior ya presentan graves problemas medioambientales y paisajísticos debido al despoblamiento y al abandono de centenares de explotaciones agrícolas. Pero estos abandonos llegan ya al litoral y así nos encontramos importantes extensiones de cítricos, hortalizas, etc., en la costa donde el abandono es una realidad. Por no hablar también, como dice el ex ministro Manuel Pimentel, de que en poco tiempo, y debido a lo anterior, habrá una falta de alimentos que puede encarecer la vida de una manera importante, algo que él titula de forma acertada como la venganza del campo.

Esta situación viene dada según LA UNIÓN por los cambios en el funcionamiento del mercado que se han producido en el transcurso de los últimos años. Cambios en las últimas reformas de la Organización Común de Mercado (OCM) que han implicado más globalización, mayor competencia desleal de países terceros, costos salariales, diferencias abismales en costos medioambientales, en costos en seguridad alimentaria, en costos de bienestar animal, etc.

Otro cambio en los últimos tiempos es el de la concentración de la gran distribución en unas pocas empresas, controlando toda la distribución minorista. Con este panorama observamos que la inmensa mayoría de los consumidores compran sus alimentos a una extensa red de puntos de venta que pertenecen a muy pocas empresas transnacionales. Por otro lado, hay pocas puertas de acceso del productor al consumidor final, ya sean a través de las grandes empresas distribuidoras o de los grandes grupos de compra.

Hay una serie de elementos que, sin discusión, están provocando que el mercado como tal deje de funcionar. Por ejemplo, prácticas como la venta a un precio excesivo o la venta a pérdidas que denunciábamos en 2003 desde la Unió

de Llauradors y luego conjuntamente con Ava en 2005 y 2006, hasta ir a Bruselas en varias ocasiones para denunciar las prácticas de ese tipo. Por no hablar de las prácticas cuando al consumidor se le niega la posibilidad de elegir calidades o cuando directamente se le estafa.

Pero tampoco hay que dejar de lado el poder de compra de la distribución minorista para imponer condiciones leoninas a sus proveedores: pagos por accesos a los lineales, precios que en muchos casos ni tan siquiera cubren los costes de producción, campañas de publicidad, pagos a más de 90 días, contratos a resultas, en definitiva, prácticas abusivas que sufren tanto los agricultores como los consumidores.

Creo que situaciones como las que hoy estamos denunciando deben hacer reflexionar a las Administraciones Públicas para ponerse a trabajar de una vez por todas con objeto de evitar los perjuicios que ocasiona el mal funcionamiento del mercado tanto para el consumidor como para el productor.

Un posible enfoque para poder comenzar a tratar estos problemas partiría de estas premisas:

- El Estado español y la Unión Europea a través de sus instituciones deberían establecer programas de trabajo que ayuden a documentar el funcionamiento del mercado.
- Crear bases de datos que suministren información sobre las prácticas comerciales aplicadas en las relaciones proveedor-minorista.
- Incentivar un Código Europeo de buenas prácticas.
- Impulsar la investigación en política sobre la competencia.

El concepto de mercado justo más allá de una simple marca de calidad para buscar un nicho de mercado, con los cuatro elementos que lo caracterizan (relación directa entre comprador y vendedor, garantía de precios, prontitud de los pagos, acuerdos a largo plazo). Habría que extender este concepto como un aspecto importante dentro de la responsabilidad social corporativa, en la que los consumidores tengan la seguridad de que sus compras no contribuyan a la explotación de los agricultores.

Se trata de una serie de propuestas que estoy convencido que ayudarían a ofrecer luz a las relaciones comerciales, así como a un mejor funcionamiento del mercado.

Opino también que en la actual situación se hace imprescindible la reforma en las normas de la competencia que ayuden a un mejor funcionamiento de los

mercados y eviten las disfunciones que se producen en estos momentos.

PONENTE

JOSÉ ENRIQUE GARRIGÓS

(PRESIDENTE FEDERACIÓN DE CONSEJOS REGULADORES Y DENOMINACIONES DE ORIGEN DE LA COMUNITAT VALENCIANA)

Como habrán observado, mi presencia en esta mesa redonda y en este prestigioso foro obedece a mi condición de Presidente de la Federación Valenciana de Denominaciones de Origen. Sin embargo, no puedo evitar señalarles que, igualmente, soy Presidente del Consejo Regulador de las I.G.P. Jijona y Turrón de Alicante desde 1996 y Vicepresidente de la Organización Internacional de Denominaciones de Origen, ORIGIN. Y no me gustaría dejar de señalar mi condición de Tesorero de la Asociación Española de DOP/IGP: ORIGEN ESPAÑA.

La referencia a las anteriores asociaciones no obedece a ningún afán por mostrar mi alto grado de implicación personal y profesional con las denominaciones de origen. Lo que pretendo transmitirles es, simplemente, que conozco el sector agroalimentario desde la perspectiva de las denominaciones de origen y de los consejos reguladores. Y que, humildemente, considero que la visión que del Derecho de la Competencia tienen los Consejos Reguladores es algo a valorar.

Con carácter previo, sí me gustaría, antes que nada, subrayar que en todas las asociaciones a las que participo y que tengan relaciones con el mundo de las denominaciones de origen hemos optado por fomentar la promoción de la competencia. Somos conscientes de la importancia que tiene un mercado abierto y en pleno funcionamiento competitivo. Somos conscientes de la existencia de normas que establecen la libre competencia y abogamos por su respeto y su difusión. A pesar de lo que se pueda pensar, y a pesar de recientes resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia, he de decir que la competencia entre los miembros de un Consejo Regulador es libre y, por qué no decirlo, feroz.

Permítanme en este momento una pequeña anécdota. En noviembre de 2003, en Alicante, nos encontrábamos reunidos representantes de Consejos Reguladores y expertos en denominaciones de origen de todo el mundo. Fruto de esa reunión fue el nacimiento de ORIGIN, la única organización de denominaciones de origen a nivel mundial. Pues bien, debatiendo sobre el papel de los consejos Reguladores, un experto norteamericano criticó ácidamente el modelo europeo, intentando hacer ver que los Consejos Reguladores (o interprofesionales o Consorzi) no eran sino meros cárteles en los que los miembros se ponían sistemáticamente de acuerdo en materias de precios, condiciones de venta, etc. No voy a negar que un cierto estupor se apoderó de los representantes europeos en la sala de la OAMI en la que nos encontrábamos. Sin embargo, todo se calmó cuando no pude reprimir contestarle que le invitaba a acudir a una reunión de nuestro Consejo, a

ver si conseguía hacer confesar a cualquiera de mis compañeros en esa entidad a qué precio vendían su turrón a sus clientes. O mejor, a qué precio compraban la almendra.

Lo que humildemente pretendo ilustrarles es que somos conscientes de que la opinión que se tiene de los consejos reguladores es que somos organizaciones cuyo funcionamiento es, eminentemente, anticompetitivo. Sin embargo se trata de una percepción lejana de la realidad.

Los Consejos Reguladores, como ya he dicho, somos conscientes de la importancia de respetar las reglas de la libre competencia y de los beneficios de hacerlo. No puedo ocultar que algunos aspectos, tales como, por ejemplo, el régimen de las ayudas públicas, que tan estrictamente aplica la Comisión Europea, nos lleva de cabeza.

Pero, insisto, valoramos la Defensa de la Competencia como un elemento esencial para fomentar un mercado que funcione correctamente.

De hecho, creo que es altamente ilustrativo señalar que la segunda presentación de la guía para la competencia en las asociaciones que la Comisión Nacional de la Competencia publicó a principios de este año, se efectuó a ORIGEN ESPAÑA. Y, es más, pude apadrinar, en la sede de la Cámara de Comercio de Alicante hace un par de meses, la presentación de dicha guía para la Comunidad Valenciana.

Y creemos en la libre competencia no sólo a nivel nacional sino a nivel global. ¡Qué mayor aspiración puede tener un productor que lograr un mercado mundial libre, sin barreras de entrada, transparente, que prime al mejor producto! Los consejos reguladores, como representantes de un producto que se distingue por su calidad, tradición, seguridad y trazabilidad, no podemos sino defender ese modelo, convencidos de que son esas características que se tendrán en cuenta por el consumidor global.

En este sentido, y en otra muestra del compromiso con el Derecho de la Competencia a nivel mundial, en ORIGIN se está trabajando en un proyecto de directrices sobre la libre competencia en el mercado de productos de origen a instancias de la Organización Mundial del Comercio. Esperamos presentarlo a finales de este año. Pero, en todo caso, defender la libre competencia y la defensa de la misma no significa que en los Consejos Reguladores estemos de acuerdo con alguna normativa de la competencia que consideramos excesivamente estricta y que, en algunos casos, puede poner en peligro la propia supervivencia de las denominaciones de origen, de los Consejos Reguladores e incluso de los productores inscritos. No me refiero a prácticas como la de fijación de precios, la de establecer o limitar conjuntamente las condiciones de producción.

Estas conductas son, y así las entendemos, frontalmente contrarias al Derecho de la Competencia.

Me refiero como ya les he adelantado antes, a las disposiciones en materia de ayudas públicas de la Comisión Europea que limitan, hasta extremos que rayan la ridiculez, las subvenciones a nuestras entidades. No es el momento de entrar a valorar si los criterios que se establecen son caprichosos o no, si adolecen de desconocimiento de la realidad del sector e incluso, si son una traba al desarrollo de una institución jurídica cuya creación y funcionamiento están amparados por la propia Comisión Europea.

Simplemente me gustaría reseñar que nos genera serias dudas que los Consejos Reguladores se conformen jurídicamente como Corporaciones de Derecho Público, como órganos que dependen de la administración (que es quien los crea y participa decididamente en su gestión) y, simultáneamente, se obstaculice su financiación. Si esto es así, que se difumine el papel de la Administración en el ámbito de las denominaciones de origen (cosa que percibimos como un error). Lo que no es viable es imponer una doble restricción a la gestión y a la financiación.

Con esta reflexión acabo y espero haber aportado algunos elementos para el debate en esta mesa redonda desde la perspectiva de los Consejos Reguladores. Confío en poder discutir estos puntos con mis compañeros de mesa y con los asistentes y les agradezco su atención.

PONENTE

CIRILO ARNANDIS

(PRESIDENTE SECTORIAL DE CÍTRICOS DE LA FEDERACIÓN DE COOPERATIVAS AGRARIAS DE LA C.V.)

Uno de los problemas del sector agrario es el **desequilibrio de poder en la cadena agroalimentaria**. Los productores, mayoritariamente atomizados se enfrentan a una distribución cada vez más concentrada.

Así lo han declarado “oficialmente” en los últimos meses la Comisión, el Parlamento Europeo, varios Estados miembros, en referencia a varios sectores.

En esas declaraciones, siempre aparece la figura de la OP como herramienta a potenciar, útil para el reequilibrio en beneficio del productor.

Sin embargo, en el sector FH, donde ya están implantadas las OP, sigue habiendo desequilibrio. No hay más que ver el sistema de pago de la fruta del agricultor por el comercio privado: la compran “a resultas” Otro dato; las OP agrupan a menos del 50% del sector y, además, las OP son muy pequeñas: tenemos más de 600 en España, con una facturación media de menos de 10Millones de €; una cooperativa “muy grande”, en términos relativos, factura 400 M€. En el otro lado de la balanza, la empresa de distribución alimentaria que más factura sobrepasa los 10.000M€ y los 5 más grandes de la distribución alimentaria, concentran más del 60%.

Ante esta situación, cabría preguntarse **¿Quién ocupa una posición dominante en el mercado?**

- Quienes suministramos producto, de manera desorganizada y atomizada, en ocasiones, haciéndonos la competencia entre socios,
- o bien, los 5 que compran y consiguen imponer sus condiciones en términos precio (pero también de condiciones de entrega de plazos de pago, de repercusión de costes de promociones, de rechazos de mercancía de protocolos de calidad de venta a pérdidas, etc.).

Sobre el comportamiento de la Gran Distribución a la hora de imponer sus condiciones, nos da idea las declaraciones del Director General del Grupo Día, Don Ricardo Curras, al diario EXPANSIÓN el pasado 22 de octubre de 2009, en un artículo llamado “DÍA desmonta la guerra de precios”. En el mismo, el señor Curras manifiesta que “... *la gran distribución simplemente ha trasladado al precio de venta al público la deflación de alimentos en origen y, por tanto no ha erosionado sus márgenes*”. Se reconoce, por tanto, que la gran distribución consigue mantener sus márgenes en un escenario de reducción de precios a través

de la sistemática reducción del precio pagado a la producción.

Ante este panorama, nosotros tenemos claro que el propio sector tiene una asignatura pendiente: un objetivo fundamental de nuestras cooperativas, nuestra federación y de nuestras organizaciones de ámbito estatal o europeo es la **competitividad y la concentración e integración cooperativa**.

Lo sabemos y estamos en ello, en Valencia llevamos 100 años avanzando en esa dirección. Es cierto que no lo hemos conseguido todo, pero estamos en la dirección correcta.

SIN EMBARGO, en tanto en cuanto se mantiene el desequilibrio, y teniendo en cuenta el **carácter estratégico de este sector** necesitamos y merecemos el apoyo de las Administraciones Públicas.

Estoy convencido que nadie en esta sala duda del **carácter estratégico del sector agroalimentario**: que tiene la responsabilidad, nada menos, de garantizar la seguridad de suministro alimentario a la población; que genera empleo, en un momento en el que pocos sectores lo pueden hacer; que contribuye, en España a equilibrar la balanza comercial; que interviene activamente en el mantenimiento del medio rural y de nuestro medioambiente. No es un sector más, no. Por otra parte, en el caso particular de las frutas y hortalizas, se trata de producciones perecederas, cuya vida útil se mide en horas... se pueden imaginar que la negociación no es fácil para quien sabe que el tiempo corre en su contra.

Y estoy también convencido de que todos tenemos claro que para que este sector, junto con todos los sectores conexos siga existiendo, es necesaria una primera y sencilla condición, que haya agricultores.

A pesar de todo lo anterior, he de decir que nuestras Administraciones, algunas de ellas, no obran en consecuencia. La experiencia demuestra que no sólo no se nos apoya como pedimos, sino que en ocasiones se nos ponen trabas incomprensibles.

Antiguamente, existían **herramientas comunitarias de gestión pública del mercado**; ahora se han desmantelado, a pesar de lo cual tampoco se permite al propio sector que se autorregule ni tan siquiera se le permite que se “autoanalice” Tenemos muchos ejemplos recientes:

El caso CECASA, el Tribunal de Defensa de la Competencia (en Resolución de 5 de marzo de 2002) acordó no autorizar los acuerdos de constitución de la empresa Compañía Española de Comercialización de Aceite, S.A. (CECASA), por parte de 250 cooperativas y almazaras de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Extremadura y Castilla-La Mancha, cuyo objeto principal era la

fijación de un mecanismo de adquisición y almacenamiento de aceite de oliva, acordado y financiado privadamente, ante situaciones excepcionales de crisis de precios. Bien es cierto que para su suerte, aunque 8 años más tarde, el Tribunal Supremo español ha autorizado la intención de CECASA, una vez escuchada la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El caso de la sanción a INPROVO es aún más increíble, pues se basó originada por un comunicado de prensa, en el que se publicaba una inocente constatación (que no me atrevo a repetir, evidentemente).

Podríamos hablar de los expedientes que afectan a la FIAB. Pero no hace falta irse a otros sectores, en el sector de los cítricos, que mejor conozco, también tenemos episodios que serían capaces de hundir en el desaliento a todos los productores si no fuera porque nos dedicamos a nuestra profesión con una especial vocación:

Cómo si no, podríamos aguantar los episodios de principio de campaña sucedidos en las dos interprofesionales cítrcolas, en los que se nos llamó la atención por intentar **establecer índices de referencia** con el único y legítimo objetivo que el precio establecido libremente por las partes, que en cada eslabón permitiera **por lo menos, cubrir costes y no incurrir en pérdidas.**

Resulta incomprensible también para el sector cítrcola valenciano y sus organizaciones representativas que, a estas alturas de 2010, se mantenga abierto el expediente iniciado por el antiguo Servicio de Defensa la Competencia respecto a una reunión que mantuvo dicho sector en diciembre de 2006 con el entonces Consejero de Agricultura señor Cotino. Aún cuando la legislación de competencia pueda no haber establecido plazo máximo de duración en un procedimiento de información, lo cierto es que la duración del procedimiento está produciendo efectos negativos en la esfera de la seguridad jurídica de nuestras entidades. Hemos tenido que dar respuesta a sus requerimientos en enero de 2007. Dos años y medio después, en junio de 2009, nueva contestación a más requerimientos. Y en enero de 2010, pese a la propuesta de archivo del expediente de la Dirección de Investigación de la CNC, se adopta el Acuerdo por su Consejo de remitirnos nuevos requerimientos informativos. ¿Lo que no se ha aclarado hace 40 meses, se va a hacer ahora?

Está claro que las autoridades de Competencia ven con buenos ojos (máxime en los tiempos que corren) el “oligopolio” de la GD, por cuanto que éste contribuye (en teoría) a **rebajar los precios al Consumidor.** Incluso parece que **ese fin justificaría cualquier medio,** “caiga quien caiga” por el camino. Yo considero que incluso ese análisis es incorrecto a corto, a medio y largo plazo:

- Por una parte, no está claro que la bajada de precios a los suministradores se traslade automáticamente al consumidor.

- Por otra, si el sector productor español, europeo, deja de poder producir, por falta de rentabilidad, la distribución se convertirá en dependiente del suministro de terceros países, y si éstos se quedan “solos”, los precios de sus productos podrían subir. Ley de la oferta y la demanda: está claro que *el producto importado es “más barato”, mientras que exista la competencia de producto interior “más caro”...*

Como conclusión de lo anterior, permítanme acabar con algunas propuestas que defiendo en nombre de mi Federación de Cooperativas. Las Cooperativas demandamos:

Que se amplíe el apoyo, se refuercen y se **potencien las OP** como baza fundamental para que los productores agrarios mejoren su capacidad de negociación en los mercados y su competitividad. Esto es algo que se tenía claro en Bruselas desde 1996, pero en los tiempos que corren, conviene repetirlo.

Que se establezca una **excepción a las Leyes de Competencia** a favor del sector agroalimentario. El sector de las FH cuenta con una excepción interesante en la “OCM Única” pero no es suficiente.

Que las administraciones **establezcan normas, controles y sanciones para evitar abusos de poder por parte de la distribución**, regulando las relaciones entre operadores que impidan prácticas desleales o ilegales.

Consideramos que otras **medidas basadas en el voluntarismo** (“códigos de buenas prácticas comerciales”, “observatorio de precios”, “estudios...”) son interesantes pero no solucionarán el problema.

PONENTE

RAFAEL ALLENDESALAZAR

(ABOGADO HOWREY/MARTÍNEZ LAGE S.L.)

La agricultura es una de las actividades productivas más importantes tanto por su relevancia económica como por su repercusión social. El funcionamiento del sector agrícola está sometido a una regulación muy detallada. De hecho la agricultura es una de las políticas que ha tenido tradicionalmente más importancia en el ámbito de la Unión Europea.

Tradicionalmente se ha cuestionado si el sector agrícola, por su especial configuración, debía de estar sometido a las reglas de competencia. De hecho, el antiguo Tratado de Roma establecía, como se verá, una excepción a la aplicación de las reglas de la competencia al sector agrícola. Esta concepción sin embargo ha sido fruto de una falta de entendimiento de los mecanismos que rigen la conexión entre el Derecho de la Competencia y la actividad agrícola. Y es que, aunque la legislación europea en materia agrícola incentiva la puesta en práctica de diversos mecanismos de cooperación entre las empresas del sector, no autoriza de forma absoluta la realización de cualquier tipo de prácticas que puedan poner en peligro la competencia en los mercados.

Este comentario tiene por objeto analizar algunos de los elementos más relevantes que deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar si un determinado comportamiento en el ámbito agrícola es compatible con la normativa de competencia. En este sentido trata de estudiar algunos de los aspectos que configuran la línea decisoria tanto de la Comisión Europea como de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en relación con el sector agrícola. Para ello comenzamos con una breve descripción de las características específicas de los mercados agrícolas. A continuación se analiza el alcance de la exención establecida por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) respecto de la aplicación de la normativa de competencia a los mecanismos de funcionamiento de la política agrícola. Seguidamente se describen diversas resoluciones de la CNC en las que se ha aplicado el Derecho de la Competencia en este ámbito. Además se recogen los últimos estudios que se han venido realizando en relación con el funcionamiento de la cadena alimentaria. Finalmente se describen brevemente las cuestiones centrales de la aplicación de la normativa de la competencia al sector agrícola en los Estados Unidos.

1. La especificidad de los mercados agrícolas

El mercado agrícola ha tenido tradicionalmente características específicas asociadas tanto con el producto que se comercializa como con la forma de producirlo. La oferta es inelástica, por lo que es difícil que pueda adaptarse

a la demanda. En la explotación existen un gran número de costes hundidos. Además, la producción agrícola depende en gran medida de la climatología, un factor de gran aleatoriedad. Ello está vinculado con la necesidad de garantizar el abastecimiento de la población. Asimismo, como se verá, el sector agrícola se encuentra muy atomizado.

Tanto la Comisión Europea (“A better functioning food supply chain in Europe”, Commission working document, 28/10/2009, SEC (2009) 1449) como la CNC (“Investigación de la cadena de distribución de determinadas frutas y hortalizas”, enero 2004), así como autoridades de competencia de otros países (véase, por ejemplo, la “Trading of the groceries (supply chain practices) market investigation order 2009” de la OFT en el Reino Unido) han realizado diversos estudios en los que se analiza la estructura y evolución del mercado de productos agrícolas y la interrelación con el resto de eslabones de la cadena de distribución. Estos estudios ponen de manifiesto los factores específicos que determinan la singularidad del mercado de productos agrícolas.

Según los estudios realizados por las diversas autoridades, además el sector de la producción y distribución agrícola se caracteriza fundamentalmente por tener una estructura de oferta muy fragmentada. Existen un gran número de proveedores e intermediarios a lo largo de los distintos niveles de la cadena de distribución. Los productos agrícolas son normalmente comprados y vendidos por intermediarios que se encuentran en distintos niveles hasta que llegan a las estanterías de las tiendas. La complejidad y extensión de la cadena implica la existencia de un gran número de ineficiencias estructurales que conducen a que la productividad sea baja. La baja concentración de los productores les sitúa además en una posición de desventaja comparativa en términos de poder de negociación. Y es que no cuentan con el suficiente volumen de producción ni con una infraestructura adecuada de suministro como para poder distribuir directamente a los minoristas o al menos racionalizar la cadena de suministro.

Los intermediarios tienden a agregar los productos para de esta manera poner a disposición de los minoristas diversas variedades de un producto o varios productos complementarios, algo que no pueden hacer los productores. Así los productores no tienen la posibilidad de negociar directamente con los minoristas. Esta estructura es percibida como arcaica y no permite tampoco atender la demanda de los consumidores directamente.

Por otra parte, aunque el sector productivo comienza a establecer mecanismos de cooperación, en Europa existen grandes diferencias respecto de su capacidad de asociación. Por ejemplo, en el año 2003 mientras que en Holanda y Bélgica más del 70% de la producción era comercializada a través de organizaciones de productores, en Italia no se llegaba al 30%, y en España tan sólo se alcanzaba

el 50%. El resto de la producción que no se distribuye a través de asociaciones se realiza de forma individualizada o no organizada. Las asociaciones agrarias, además de agrupar la producción, llevan a cabo diversos tipos de manipulación de los productos, tratamiento, transformación y almacenamiento. Y en algunas ocasiones en este tipo de organizaciones se va materializando cierta integración vertical.

Además, en función del producto de que se trate, la cadena alimentaria puede tener una mayor o menor extensión. Las cadenas más cortas son aquellas en las que el productor vende directamente al consumidor en su propia granja o en el mercado local o a minoristas locales. En ocasiones, a través de la creación de cooperativas o asociaciones, los propios productores han podido concentrar su actividad aumentando su capacidad de vender directamente al consumidor final. En otros casos el productor venderá a un mayorista que lo venderá a su vez al consumidor final directamente o a través de otro mayorista o comerciante. Otras veces el producto puede llegar a tener que superar distintas fases en un largo periodo de tiempo. En los productos cárnicos, por ejemplo, el ganado es primero criado, y luego se vende a los engordadores y posteriormente al matadero. A continuación llegará a una planta de deshuesado y finalmente sufrirá procesos de corte y empaquetamiento antes de llegar a la tienda.

En cada uno de los niveles de la cadena de producción manipulación, empaquetado, transporte, etc., se van añadiendo márgenes que tienen su impacto en el precio final. Cada uno de los intermediarios es un filtro en la transmisión del precio a los consumidores finales. Los agricultores que venden productos frescos se encuentran en este sistema bajo una mayor presión por aceptar precios bajos de los compradores para evitar la pérdida de la cosecha.

El sector minorista, por otra parte, ha sufrido en los últimos 20 años un proceso intenso de concentración. A pesar de ello existe una fuerte competencia entre los grandes grupos comerciales.

2. El Derecho Comunitario de la Competencia y la política agrícola

Como se ha indicado anteriormente, el TFUE (artículo 42) establece una exención a la aplicación de la normativa de competencia. Esta limitación del alcance de las normas que regulan la apertura de los mercados ha sido interpretada de forma muy restrictiva.

2.1. La exención de la aplicación de la normativa de Competencia a los productos agrícolas

El TFUE reconoce la primacía de la política agrícola con respecto a los objetivos del Tratado en el ámbito de la competencia. El Tribunal de Justicia

ha afirmado que tal era la intención de los autores del Tratado, conscientes de que en determinados momentos y circunstancias podría resultar difícil perseguir simultáneamente estos dos objetivos (Sentencia del Tribunal de Justicia de 5/10/1994, *Alemania c. Consejo*, C-280/93, apartado 60). El artículo 42 del TFUE, que sienta las bases para la aplicación de las normas competencia al sector agrícola, establece lo siguiente:

“Las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 43, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá autorizar la concesión de ayudas para la protección de las explotaciones desfavorecidas por condiciones estructurales o naturales en el marco de programas de desarrollo económico”.

Así, las normas de competencia se aplicarán al sector agrícola en la medida en que se establezca en una norma de la Unión Europea. Sobre la base del artículo 42 TFUE se aprobó el antiguo Reglamento 26/1962 sobre la aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas. Este reglamento ha sido sustituido por el Reglamento 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la Competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 del Reglamento 1184/2006:

“El artículo 81 [nuevo artículo 101], apartado 1, del Tratado no será aplicable a los acuerdos y prácticas mencionados en el artículo 1 bis del presente Reglamento que formen parte integrante de una organización nacional de mercado o que sean necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 33 [nuevo artículo 39] del Tratado. No se aplicará, en particular, a los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de estos o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro, en la medida en que, sin llevar consigo la obligación de aplicar un precio determinado, afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que los objetivos del artículo 33 del Tratado son puestos en peligro”.

En términos generales la exención se aplica en dos tipos de situaciones. En primer lugar, la exención es de aplicación a los acuerdos que forman parte de una organización nacional de mercado. De manera alternativa, la exención se aplica en caso de que los acuerdos sean necesarios para la realización de los objetivos de la política agrícola común enunciados en el artículo 39 TFUE (antiguo 33). Los objetivos de la política agrícola común consisten en el incremento de

la productividad agrícola; garantizar un nivel de vida equitativo; estabilizar los mercados; garantizar la seguridad de los abastecimientos; y asegurar al consumidor suministros a precios razonables. En ningún caso se aplicará la exención a aquellos acuerdos que conlleven la obligación de aplicar un precio determinado.

El Reglamento 1184/2006 tiene un ámbito de aplicación limitado, ya que sólo se aplica a aquellos productos regulados por el Reglamento 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas (entre otros, los cereales, el arroz, el aceite de oliva, las frutas y hortalizas, la leche y los productos lácteos, el vino o la carne de vacuno, porcino, ovino y caprino). En todo caso, el Reglamento 1234/2007 establece un régimen de exención de las normas de competencia similar al regulado por el Reglamento 1184/2006. En efecto, el artículo 176 del Reglamento 1234/2007 establece que el artículo 101.1 TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas que sean parte integral de una organización nacional de mercado o necesario para la consecución de los objetivos que se establecen en el artículo 39 TFUE.

2.2. Los criterios de aplicación de la exención

La exención establecida por el artículo 42 TFUE y desarrollada a través de la normativa mencionada ha sido interpretada de manera muy restrictiva tanto por el Tribunal de Justicia como por la Comisión Europea.

El Tribunal de Justicia considera que las excepciones al cumplimiento del artículo 101 TFUE que se basen en la especificidad del mercado agrícola deben tener un alcance muy limitado (Sentencia del TJ de 12/12/1995, *Oude Luttikhuis*, C-399/93, apartado 23 y Sentencia del TPI de 14/5/1997, *Florimex y VGB c. Comisión*, T-70/92 y T-71/92, apartado 152). En este sentido en la Sentencia *Florimex y VGB c. Comisión* el TPI afirmó que constituye jurisprudencia reiterada que la primera frase del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento número 26 sólo se aplica si el acuerdo de que se trata favorece la realización de todos los objetivos del artículo 39 TFUE. Así, la motivación de la Comisión debe poner de manifiesto de qué manera el acuerdo controvertido satisface cada uno de los objetivos del artículo 39. En caso de conflicto entre tales objetivos, a veces divergentes, la motivación de la Comisión debe, cuando menos, poner de manifiesto de qué manera pudo ella conciliarlos para hacer posible la aplicación de la primera frase del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento número 26.

Recientemente el Tribunal de Justicia consideró que un acuerdo entre productores destinado a reducir la capacidad, que contaba con cierta aquiescencia por parte de la Administración, era contrario a la normativa de competencia. En el asunto *Carne de vacuno irlandesa* (STJ de 20/11/2008, C-209/07) el Tribunal de

Justicia analizó un acuerdo entre los transformadores de carne destinado a reducir la producción. Diversos estudios del gobierno irlandés y representantes del sector bovino concluyeron que era necesario reducir el número de transformadores. En base a estas conclusiones, y con el objetivo de reducir la capacidad de producción en un 25%, diez transformadores crearon la *Beef Industry Development Society Ltd* (BIDS). A través de la BIDS los transformadores que continuaran en el mercado indemnizarían a aquellos que decidieran abandonarlo. La autoridad de competencia irlandesa se opuso a la celebración de un acuerdo entre la BIDS y una empresa transformadora que quería cesar su actividad, por considerar que restringía la competencia. El Tribunal de Justicia constató que el acuerdo pretendía permitir que varias empresas aplicaran una política común que tenía por objeto favorecer la salida del mercado de algunas de ellas y, consiguientemente, reducir el exceso de capacidad que afecta a su rentabilidad, impidiéndoles realizar economías de escala. El Tribunal afirmó que los acuerdos evitaban que las empresas intensificaran su rivalidad comercial o recurrieran a operaciones de concentración, por lo que chocaba frontalmente con la concepción inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia. Se consideró por ello que el acuerdo tenía por objeto restringir la competencia.

La Comisión Europea ha seguido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Son pocos los casos en los que la exención del artículo 42 TFUE ha sido admitida. Además, aunque tal y como está redactada la normativa se podría hablar de dos tipos de exenciones distintas, la Comisión tiende a analizar de forma global si el acuerdo es proporcionado y cumple los objetivos de la política agrícola europea.

En el asunto *Patatas tempranas* (Decisión de 18/12/1987, IV/31735) la Comisión analizó las normas destinadas a organizar y regular la producción y comercialización en Francia de la patata temprana, adoptadas y aplicadas por determinadas agrupaciones de productores y siete comités autorizados por el Ministerio de Agricultura. La Comisión consideró que las normas, al implicar restricciones a la libertad de producción y de comercialización, podían entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 101 TFUE (antiguo artículo 85) en la medida en que podían afectar al comercio entre Estados miembros. Sin embargo consideró en este caso que tales normas no ponían en peligro el establecimiento de un régimen que garantizara que la competencia no fuera falseada en el Mercado Común. Según la Comisión, los acuerdos no excluían la competencia, en particular la competencia a través de los precios, ni entre productores y agrupaciones de productores que participaban en el sistema, ni con los demás productores de la Comunidad. En consecuencia declaró que, en base al Reglamento 26/1962, el artículo 101 TFUE (antiguo artículo 85) era inaplicable.

Esta interpretación de la norma es excepcional. En la mayoría de las ocasiones se ha rechazado la aplicación de la exención. En el asunto *Carnes de vacuno*

francesas (Decisión de 2/04/2003, COMP/C.38279) la Comisión rechazó la existencia de una exención en base a que, por un lado, existía una organización común de mercado y, por otro, el acuerdo incluía a partes distintas de los agricultores y establecía la obligación de aplicar un precio determinado. En todo caso la Comisión afirmó que, incluso suponiendo que las medidas adoptadas por las partes contribuyeran a la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 TFUE, era necesario que tuvieran un carácter proporcionado. La Comisión exige en este sentido comprobar que no existan otras medidas menos restrictivas que permitan lograr el mismo objetivo.

En la Decisión en el asunto *Tabaco crudo España* (Decisión de 20/10/2004, COMP/C.38238) la Comisión afirmó que para poder aplicar la exención era necesario que cualquier restricción de la competencia fuera proporcional al objetivo perseguido, lo que se hacía muy complicado en caso de acuerdos de fijación de precios. La Comisión considera que la exención debe interpretarse de forma estricta por lo que sólo sería de aplicación en caso de que se propiciara la realización de todos los objetivos del artículo 39 TFUE o, en caso de que fueran divergentes, la Comisión pudiera compaginarlos.

En el asunto *Bananas* (Decisión de 15/10/2008, COMP/39188) la Comisión rechazó la aplicación de la exención debido a que el acuerdo colusivo, consistente en la fijación de precios, no perseguía ningún objetivo de los establecidos en el artículo 39 TFUE.

2.3. Productos excluidos de la exención

La exención se aplica únicamente a los productos agrícolas definidos en el Anexo I del Tratado, esto es, a los productos a los que se aplica la política agrícola de la Unión Europea de acuerdo con el artículo 38.3 TFUE. De esta manera, por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha afirmado que la exención establecida en el Reglamento número 26 no es de aplicación al coñac, ya que se trata de un producto industrial no contenido en el Anexo I del Tratado (Sentencia del TJ de 3/12/1987, *BNIC*, 136/86, apartado 15).

2.4. La aplicación de la normativa de competencia al sector agrícola por las autoridades nacionales de competencia

El hecho de que la política agrícola esté basada fundamentalmente en normas de la Unión Europea no impide que las autoridades de competencia de los Estados miembros puedan actuar en este ámbito. Así, el Tribunal de Justicia ha considerado que, dado que las organizaciones comunes de los mercados de los productos agrícolas no constituyen un espacio exento de competencia, el Derecho de la Unión y el Derecho nacional en materia de competencia se aplican paralelamente

(Sentencia del TJ de 9/09/2003, *Milk Marque*, C-137/00, apartado 61). Las autoridades de Defensa de la Competencia nacionales podrán, en consecuencia, intervenir frente a distorsiones de la competencia que no tengan una dimensión comunitaria. El Tribunal de Justicia ha establecido que la intervención podrá tener lugar siempre que no entre en conflicto con el artículo 42 TFUE (Sentencia *Milk Marque*, apartado 94).

3. El Derecho español de la competencia y la política agrícola

Las autoridades de competencia de los Estados miembros de la Unión Europea tienen competencia para adoptar decisiones en el ámbito agrícola. La CNC ha venido aplicando la normativa de competencia al sector agrícola siguiendo una línea similar a la de la Comisión europea por lo que se refiere a la interpretación restrictiva de las excepciones. No obstante, el Tribunal Supremo español ha adoptado recientemente una decisión que podría poner en tela de juicio el criterio de interpretación restrictiva de las excepciones.

3.1. La línea decisoria de la CNC

La actividad de la CNC no tiene más límite que lo dispuesto en la legislación de la Unión Europea. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) no establece ningún tipo de exención en este ámbito. Resulta en este sentido llamativo que la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, que estuvo vigente en España desde su aprobación hasta 1989, sí establecía una exención a favor de las empresas agrícolas. El artículo 4.4 establecía que no se aplicarían los preceptos de la ley “a los acuerdos, decisiones y prácticas de empresas agrícolas, de asociaciones de éstos o de federaciones de estas asociaciones, en la medida en que, sin llevar aneja la obligación de aplicar un precio determinado, se refieran a la producción o la venta de productos agrícolas o ganaderos o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, de manipulación o de transformación de productos agropecuarios”.

Sin perjuicio de la interpretación que en su día se hiciera de la referida exención, superada ya por dos textos normativos, la CNC ha venido aplicando con carácter general la legislación española en materia de Defensa de la Competencia al sector agrícola. De hecho, la actividad investigadora y sancionadora en el sector agrícola de la CNC se ha puesto de manifiesto a lo largo de los años a través de numerosas resoluciones sancionadoras dictadas desde la aprobación de la antigua Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia hasta nuestros días. A continuación se enumeran algunos ejemplos.

En el asunto *Cárteles Sidra* (Resolución de 12/12/1996, expediente 376/96)

la CNC sancionó un acuerdo entre cosecheros de manzana y lagareros destinado a fijar un precio base y único para la manzana de sidra con una vigencia de tres años, incrementable anualmente con arreglo al IPC y revisable al cuarto año. El acuerdo había sido patrocinado por el Principado de Asturias, que estuvo presente en la constitución y funcionamiento de la Mesa Interprofesional. Por ello, aunque la CNC consideró que se trataba de una conducta prohibida, redujo la sanción finalmente impuesta.

En el asunto *Industrias Lácteas* (Resolución de 3/06/1997, expediente 352/94) la CNC sancionó a la Federación Nacional de Industrias Lácteas por elaborar y difundir una recomendación de precios mediante una circular. Además sancionó a 48 empresas del sector lechero por haberse concertado para aplicar los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos. La CNC afirmó en este asunto que la actividad de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias estaba sometida a las reglas de competencia.

En el asunto *Desmotadoras de Algodón* (Resolución de 10/06/1997, expediente 370/96) la CNC sancionó a varias empresas por haber configurado un cártel con la finalidad de repartirse el mercado de la producción de algodón en bruto, fijando precios para la compra de dicha fuente de aprovisionamiento en los mínimos que establecía la Comunidad Económica Europea. La CNC rechazó de plano el argumento de que el acuerdo alcanzado debía considerarse encuadrado en las reglas de la Unión Europea de establecimiento de precios orientativos y de referencia.

Asimismo en el asunto *Azúcar* (Resolución de 15/04/1999, expediente 426/98) la CNC sancionó a diversas empresas por concertarse en el precio de venta del azúcar para usos industriales. Sin embargo la CNC tuvo en cuenta en este caso que la Dirección General de Industrias Agrarias y Alimentarias del Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación había elaborado un plan de reestructuración del sector.

De esta manera rechazó que las empresas hubieran llevado a cabo una actuación concertada ante la Administración y un sistema de compensaciones para preservar sus cuotas de los efectos de la reestructuración del mercado.

Más recientemente la CNC sancionó en el asunto *Empresas Cárnicas* (Resolución de 13/02/2004, expediente 556/03) a determinadas asociaciones de empresas cárnicas por recomendar la repercusión del coste de retirada de harinas cárnicas a los ganaderos con la finalidad de unificar los comportamientos de sus asociados excluyendo la libre iniciativa empresarial. Las asociaciones alegaron en su defensa que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación había

aprobado en aquella época determinadas normas relativas a la no asunción del coste de la retirada sin que hubiera quedado claro quién tenía que asumirlo.

El propio Ministerio había reconocido la ausencia de efectividad de las normas y la imposibilidad de las empresas cárnicas de trasladar el mencionado coste a lo largo de la cadena alimentaria por la expresa negativa de sus clientes, las grandes empresas de distribución. La CNC, sin embargo, consideró que estas cuestiones no tenían relevancia a la hora de determinar la compatibilidad de la conducta con la normativa de competencia. Así, la CNC impuso multas de 10.00€ a cada una de las asociaciones implicadas.

En el asunto *Semillas de Remolacha* (Resolución de 23/11/2004, expediente 569/03) la CNC afirmó que una empresa y varias asociaciones de agricultores habían infringido la normativa de competencia al haber alcanzado un acuerdo que establecía la limitación de los puntos de venta de la semilla necesaria para producir la remolacha contratada. El acuerdo establecía que la semilla se adquiriría en los puntos de distribución autorizados por la organización interprofesional. La CNC, sin embargo, no llegó a imponer multa alguna al considerar que, aunque las normas reguladoras españolas y comunitarias no daban amparo legal a la infracción, permitían la existencia de acuerdos interprofesionales relativos a la distribución de semilla. La CNC entendió que, en consecuencia, la introducción en dichos acuerdos de cláusulas restrictivas de la competencia pudo no haber sido deliberada.

Una de las más recientes resoluciones de la CNC en este ámbito fue la adoptada en el asunto *Consejo Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar* (Resolución de 4/06/2009, expediente 2779/07). La CNC estableció que el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” había incurrido en una infracción del artículo 1 LDC al aprobar y aplicar acuerdos basados en cupos sobre ventas históricas de cada bodega, e impuso una multa de 400.000€. La CNC consideró que el acuerdo no entraba dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1184/2006. Además afirmó que el artículo 40 del TFUE (antiguo artículo 33) establece que las organizaciones comunes de mercado deberán de excluir toda discriminación entre productores. Asimismo, a juicio de la CNC, el acuerdo no cumplía con algunos de los objetivos establecidos en el artículo 39 TFUE, como la asignación eficiente de los recursos y la optimización de los factores de producción. La CNC también descartó que los acuerdos denunciados se pudieran considerar parte de una organización común de mercado y, por tanto, consideró que no formaban parte de las potestades públicas del Consejo Regulador.

La CNC ha sancionado también a diversos colectivos de productores por

haber realizado declaraciones en relación con los precios de los productos agrícolas. En el asunto *INPROVO* (Resolución de 28/09/2009, expediente S/0055/08) la CNC sancionó a la Organización Interprofesional del Huevo y sus Productos con una multa de 100.000€ por elaborar varias notas de prensa en las que, según la CNC, se recomendaba a los asociados que repercutieran en el precio el incremento de los costes de producción del huevo. Asimismo en el asunto *PROPOLLO*, (Resolución de 29/09/2009, expediente S/0044/08) la CNC sancionó a la Organización Interprofesional de Avicultura de carne de pollo del reino de España con una multa de 200.000€. La CNC consideró que se había infringido el artículo 1 de la LDC. PROPOLLO había publicado una nota de prensa y su Presidente y su Secretario General habían realizado declaraciones publicadas en prensa relativas al previsible aumento del precio del kilo de pollo. La CNC consideró que la conducta era una recomendación colectiva.

La CNC también ha manifestado que el “Acuerdo sobre los contratos homologados en el sector lácteo”, alcanzado en julio de 2009 entre diversas asociaciones de agricultores, empresas lácteas y minoristas y el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino podría tener elementos anticompetitivos. El informe fue emitido en base a la competencia que tiene la CNC para realizar estudios (artículo 26 de la LDC) tras la remisión del acuerdo por el Ministerio de Medio Ambiente. El acuerdo establece que el precio será acordado entre el ganadero y el comprador a partir de un sistema de indexación que tendrá en cuenta, a falta de referencia nacional, la media anual de los precios de otros Estados miembros de la UE. En el informe emitido el 29 de julio de 2009 la CNC considera que el acuerdo no puede encuadrarse dentro de la exención establecida por el artículo 176 del Reglamento 1234/2007. Ello es así porque el acuerdo ni es parte de una organización nacional de mercados, ni es necesario para la consecución de los objetivos que se establecen en el artículo 39 TFUE. Además el acuerdo podría suponer, según indica la CNC, la determinación automática del precio constituyendo de este modo una fijación indirecta de precios o una fijación de un precio mínimo de venta. La CNC recomienda en consecuencia su notificación a la Comisión europea de acuerdo con lo que establece la reglamentación de la Unión Europea.

Existen, por tanto, numerosas decisiones en las que la CNC ha sancionado conductas relacionadas con el sector agrícola o ha considerado que una determinada práctica era anticompetitiva. Como se puede comprobar las prácticas sancionadas están relacionadas en muchas ocasiones con la actividad de regulación de los mercados agrícolas por parte de la Administración, basada bien en las disposiciones del TFUE o bien en la normativa nacional. La CNC, sin embargo, no suele ser favorable a otorgar a las prácticas ningún tipo de amparo legal, aunque a veces tiene en cuenta estos elementos para calcular el importe de la sanción.

3.2. La Sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Comercialización de Aceite*

Merece la pena citar en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010, referente a la aplicación de la normativa de competencia en el marco de la organización común de mercados en el sector de las materias grasas. La Sentencia tiene su origen en una iniciativa de determinados productores de aceite de oliva destinada a intervenir en el mercado para evitar que el precio del aceite no caiga por debajo de un determinado nivel, emulando la actividad de los organismos aptos para realizar actividades de almacenamiento en el mercado agrícola autorizados por la Comisión Europea.

La Compañía Española de Comercialización de Aceite (CECASA), cuyos accionistas son, en un 68% productores, almazaras y cooperativas que representan entre el 50 y el 60% de la producción nacional de aceite de oliva y, en un 32% entidades financieras, se constituyó con objeto de intervenir en el mercado en situaciones de crisis. Solicitó al antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia una autorización singular (procedimiento que ha sido suprimido) para comprar aceite de oliva cuando el precio bajara de un determinado nivel y ponerlo en el mercado cuando el precio se recuperara. Todo ello al margen de los mecanismos de intervención regulados por el Derecho de la Unión Europea, aunque siguiendo reglas similares.

El antiguo TDC rechazó en la Resolución *Comercialización Aceite* (Resolución de 5/03/2002, expediente A 306/01) la solicitud de autorización. Consideró que la decisión de comprar, almacenar y vender las cantidades necesarias de aceite de oliva para evitar que su precio se sitúe por debajo del 95% del nivel de intervención de la anterior regulación es un acuerdo horizontal entre competidores, prohibido por el artículo 1.1 LDC, al alterar, mediante una concordancia de voluntades, la formación libre de dicho precio por la ley de la oferta y la demanda. CECASA alegó ante el TDC que su objeto era el almacenamiento privado del aceite de oliva, por lo que tan sólo pretendía completar el instrumento establecido por el Reglamento 1638/98 que modifica el Reglamento 136/66 por el que se establece la organización común de mercados en el sector de las materias grasas. El TDC afirmó que del expediente no se deducía que CECASA pretendiera únicamente completar el mecanismo de almacenamiento privado establecido en el Reglamento. El TDC afirmó que CECASA pretendía apoyar de forma concertada el sostenimiento de los precios cuando la regulación europea había introducido su libre fluctuación. El TDC rechazó asimismo que se pudiera aplicar al caso la exención a la aplicación de las normas de competencia del Tratado establecida en el Reglamento 26/62 ya que se trataba de una concertación horizontal entre competidores para sostener el precio del aceite de oliva.

El asunto fue recurrido a la Audiencia Nacional, que confirmó la resolución y, posteriormente, al Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo presentó a su vez una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En esencia el Tribunal Supremo planteó diversas preguntas relativas a la aplicación del artículo 12 bis del Reglamento 136/66, que permite autorizar a determinados organismos la celebración de contratos de almacenamiento privado de aceite de oliva. El Tribunal de Justicia afirmó que una sociedad anónima podría encontrarse comprendida dentro del concepto de organismo autorizado a celebrar un contrato de almacenamiento privado de aceite. Asimismo afirmó que el Reglamento 136/66 no se oponía a un mecanismo de adquisición y almacenamiento de aceite de oliva acordado y financiado privadamente que no haya estado sujeto al procedimiento de autorización al que se refiere el artículo 12 bis. El Tribunal de Justicia afirmó asimismo que en tanto en cuanto las autoridades nacionales de defensa de la competencia se abstuvieran, por una parte, de adoptar cualquier medida que pueda ser contraria o establecer excepciones a la organización común del mercado del aceite de oliva y, por otra parte, de adoptar decisiones que contradigan una decisión de la Comisión Europea, podrían aplicar el Derecho nacional de la competencia a un acuerdo susceptible de afectar al mercado del aceite de oliva a escala comunitaria.

El Tribunal Supremo, a la luz del pronunciamiento del juez europeo, considera en la Sentencia que existen razones para rechazar el pronunciamiento del TDC y confirmar la legalidad de la actividad que CECASA se propone realizar. Según el Tribunal Supremo, la perspectiva de Defensa de la Competencia no es la única desde la que debe analizarse en este caso el acuerdo de almacenamiento, estando como está influido por las normas y los principios que rigen la política agrícola. Considera que el Tratado y la normativa relativa a la aplicación al sector agrícola de las normas de competencia del Tratado establecen una primacía matizada de la política agrícola sobre la política de competencia. Por tanto, afirma que aunque la actividad de CECASA es, en principio, restrictiva de la competencia, “consideraciones de otro tipo (entre ellas, la de asegurar una renta mínima a los productores cuando los precios caigan por debajo de límites que pueden no asegurar a veces la cobertura de los costes) son aptas para legitimar la “exención”” en línea con lo que establece la reglamentación de la Organización Común del Mercado.

Considera en consecuencia el Tribunal Supremo que las mismas razones que justifican el almacenamiento privado subvencionado, regulado por el Derecho de la Unión Europea, subsisten para justificar el no subvencionado que pretende poner en práctica CECASA. Según el Tribunal Supremo tal autorización no implica que los productores gocen de una libertad absoluta para hacer uso, a su arbitrio, del mecanismo de almacenamiento privado no subvencionado. Establece que será necesaria cierta intervención de la Administración destinada a comprobar

que el mecanismo de almacenamiento privado no subvencionado y de alcance nacional se aplica en las mismas condiciones que el regulado por el Derecho de la Unión Europea.

Esta Sentencia permitiría la puesta en práctica en los mercados de productos agrícolas de actuaciones de carácter privado que fueran en principio restrictivas de la competencia. Para que las prácticas pudieran considerarse lícitas deberían materializarse siguiendo los principios, criterios y reglas establecidos por el Derecho de la Unión Europea.

4. El análisis de la cadena alimentaria

En los últimos años la evolución de los mercados de productos agrícolas ha generado cierta controversia entre los diversos componentes de la cadena alimentaria. Una de las cuestiones más relevantes en este ámbito son las diferencias entre el precio de los productos agrícolas en origen y el precio final pagado por el consumidor. La preocupación general sobre el funcionamiento de la cadena alimentaria ha conducido a que las autoridades de competencia, no solo en Europa sino también en otros países, hayan analizado en detalle los mecanismos de funcionamiento de los mercados para tratar de adoptar medidas adecuadas para solventar la situación.

4.1. Los estudios realizados por la Comisión Europea

Como se ha indicado, la Comisión Europea y las autoridades de los Estados miembros han realizado varios estudios sobre esta materia en los últimos años. “La Office of Fair Trading del Reino Unido”, por ejemplo, tras realizar un estudio del sector, ha aprobado una decisión por la que obliga a los supermercados a aplicar en sus relaciones con los proveedores un código de buenas prácticas.

En el año 2008 la Comisión Europea publicó una Comunicación sobre los precios de los productos alimenticios en Europa (9/12/2008, COM (2008) 821 final). La Comisión concluyó que era necesario mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Según la Comisión, una mejor reglamentación y la garantía de una aplicación enérgica y coherente de las normas de competencia y de protección del consumidor contribuirían a limitar las subidas de precios en beneficio de los consumidores europeos, en particular, de las economías domésticas con menores ingresos. La Comisión afirmó, entre otras cosas, que habrá que desalentar las prácticas que distorsionen la relación entre proveedores y minoristas. Esto ocurriría, por ejemplo, en el caso de prácticas tales como los pagos atrasados, el pago por los proveedores de honorarios injustificados o excesivos por los servicios prestados por minoristas o la presentación de ofertas engañosas a los consumidores. La Comisión propuso también proporcionar mejor información

a los consumidores, a las autoridades públicas y a los operadores del mercado de los precios de los alimentos y de la cadena alimentaria. Finalmente también abogó por estudiar medidas tendentes a desalentar la especulación en detrimento de los operadores comerciales en los mercados de productos básicos agrícolas.

Asimismo, en el año 2009 la Comisión aprobó una nueva comunicación que lleva por título “Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa” (28/10/2009, COM (2009) 591 final). La Comisión reconoce que las bruscas alzas y bajadas de los precios de los productos básicos agrícolas y su efecto retardado sobre los precios de los productos alimenticios para el consumidor final han suscitado inquietudes entre las partes interesadas y las autoridades políticas acerca del funcionamiento de la cadena alimentaria. La Comunicación asegura que la falta de transparencia en el mercado, los desequilibrios en el poder de negociación y las prácticas contrarias a la competencia han originado distorsiones del mercado que repercuten negativamente en la competitividad de la cadena alimentaria en su conjunto. Asimismo la rigidez de los precios ha perjudicado la capacidad de adaptación y de innovación de todos los sectores que intervienen en la cadena de suministro.

No obstante, en el estudio realizado por la Comisión (“A better functioning food supply chain in Europe”, Commission working document, 28/10/2009, SEC (2009) 1449) en relación con la Comunicación sobre la cadena alimentaria, se indica que los minoristas tienen márgenes operativos reducidos, lo que entraría en contradicción con la idea comúnmente extendida de que cuentan con los mayores márgenes de beneficio de toda la cadena de distribución. Por otra parte, en el estudio no se alcanza una conclusión clara sobre las razones de las grandes diferencias que existen entre el precio de venta de los productos por los agricultores en origen y los precios pagados por los consumidores finales. Una de las posibles causas que se apuntan es la posible influencia de la estructura de los distintos sectores que intervienen en la cadena de alimentación, así como el entorno regulatorio del sector alimenticio.

El estudio de la Comisión pone de manifiesto la difícil situación en la que se encuentra el sector lácteo por la caída de los precios de producción, que no se ha visto trasladada al sector minorista. A este respecto la Comisión publicó el documento “How Competition Policy Helps Dairy Farmers in Europe” (Cómo ayuda la política de competencia a los agricultores en Europa), que a través de preguntas y respuestas trata de explicar qué formas de cooperación entre los productores de leche son permisibles a la luz de las normas de competencia. La Comisión considera en este sentido que los productores podrán, por ejemplo, celebrar acuerdos de producción conjunta en el marco de cooperativas. También sería posible establecer un sistema común de recogida de leche mediante el uso en común de infraestructura. Este tipo de acuerdos permitiría que los agricultores

que participaran en el mecanismo de cooperación se pusieran de acuerdo en el precio de venta del producto. En todo caso este tipo de acuerdos deberá analizarse de forma individualizada para evitar que pueda existir algún tipo de restricción contraria a la competencia.

4.2. La aplicación del Derecho de la Competencia a la agricultura en Estados Unidos

En Estados Unidos se están también analizando los diferentes problemas que surgen a la hora de aplicar el Derecho de la Competencia al sector agrícola. La división de Derecho de la Competencia del Departamento de Justicia y el Departamento de Agricultura se han planteado como objeto promover el diálogo entre las partes interesadas y analizar la dinámica de la competencia en los mercados agrícolas.

Desde el Departamento de Justicia se han indicado ya cuáles son algunos de los problemas más importantes a los que se enfrenta el sector agrícola en relación con la aplicación del derecho de la competencia (véase, por ejemplo, Varney, C.A., “A Shared Vision for American Agricultural Markets” (2010) y Weiser, P.J., “Toward a Competition Policy Agenda for Agriculture Markets” (2009)). En primer lugar, en Estados Unidos se han llevado a cabo varias fusiones empresariales en el sector agrícola, lo que ha obligado a la Administración a intervenir para evitar que se generen problemas de competencia.

En este sentido se indica que la evolución de determinados mercados dentro del ámbito agrícola, como el de las semillas, el de los productos lácteos o el del ganado deberá ser analizada en detalle. Por otra parte se constata que en los últimos 15-20 años ha tenido lugar un proceso de integración vertical. En determinadas ocasiones esta dinámica podría facilitar el ejercicio de prácticas monopolísticas. También se considera de especial relevancia el análisis de la problemática que surge por la existencia de determinados operadores con poder de compra (también conocido como monopsonio). Se considera también de gran importancia la existencia de transparencia en el mercado, que se ha venido reduciendo por la dinámica comercial. En efecto, la actividad comercial en los mercados agrícolas ha evolucionado en los últimos años pasando de intercambios de carácter estructurado a la firma de acuerdos de compraventa de carácter bilateral, lo que afecta a la transparencia. La integración vertical también reduce la transparencia en los mercados agrícolas. Por tanto, se tratará de promover la transparencia siempre que sea un método adecuado de fortalecer la competencia en los mercados.

El Derecho de la Competencia puede tener un papel especialmente relevante a la hora de preservar un mercado abierto que ayude a los agricultores a obtener precios

justos y retornos competitivos de las inversiones. Muchos de los interlocutores con los que negocian los agricultores están mucho más concentrados que el sector agrícola. De esta manera los agricultores pierden poder de negociación. Una de las cuestiones más importantes que deben analizarse en este sentido es cómo y en qué medida los instrumentos del derecho de la competencia pueden ser utilizados para proteger al sector agrícola contra el uso anticompetitivo del poder de mercado. Debe recordarse que el origen del Derecho de la Competencia estadounidense se encuentra precisamente en la lucha contra el poder que determinados grupos empresariales (*trusts*) estaban adquiriendo. La Ley Sherman se aprobó en el año 1890 para poner solución al impacto negativo de la actividad de grandes grupos empresariales estaba teniendo en diversos mercados, entre los que se encontraba el mercado agrícola.

5. Conclusiones

El sector agrícola no es inmune a la normativa de competencia tanto nacional como de la Unión Europea. Los distintos operadores que realizan su actividad en el sector agrícola deben, en consecuencia, tener presente que sus conductas estarán sometidas al escrutinio de las autoridades competentes.

No obstante a la hora de aplicar al sector agrícola la normativa de competencia se debe tener en cuenta que se trata de un ámbito de actividad con características específicas. Con carácter general los agricultores, por su estructura fragmentada, suelen tener una posición negociadora débil frente a los adquirentes de los productos. Además en numerosas ocasiones, los mecanismos de cooperación entre los productores así como con otros operadores que se encuentran en distintos niveles de la cadena de distribución pueden tener amparo en la regulación de los mercados.

En algunos casos puede que incluso la propia Administración fomente la firma de acuerdos y la configuración de mecanismos de colaboración entre los distintos operadores. Por ello las autoridades de competencia deben de analizar en detalle el alcance de la responsabilidad de los supuestos infractores en cada una de las prácticas. A la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2010 también deberá de tenerse en cuenta que algunas prácticas que se ajusten a lo dispuesto en la normativa comunitaria podrían estar autorizadas.

Se hace necesario en todo caso que la Administración sea consciente de cuáles son las reglas del juego y no incentive prácticas anticompetitivas que no tengan amparo legal en la política agrícola de la Unión Europea. En caso de intervenir en los mercados o incentivar la conclusión de acuerdos, la Administración deberá manifestar con claridad cuáles son las bases que sustentan su actividad y abstenerse de actuar en caso de que exista algún riesgo de incumplimiento de la

normativa de competencia.

A su vez las autoridades de defensa de la competencia deben aplicar la normativa teniendo siempre en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se ponga en práctica un determinado acuerdo. En el caso de acuerdos relacionados con la producción agrícola deberán, por tanto, tenerse muy en cuenta los principios y fines en los que se fundamentan la legislación y política agrícolas tanto a nivel nacional como de la Unión Europea.

Los análisis de las autoridades de competencia sobre los problemas de funcionamiento de la cadena alimentaria reflejan un interés por estudiar un asunto que tiene una gran repercusión social. El Derecho de la Competencia puede ser un punto de apoyo para tratar de solucionar algunos problemas. Los productores deben de ser conscientes de que la normativa de competencia puede ser un instrumento de apertura de los mercados. Tal era, por ejemplo, el fundamento de la normativa de competencia estadounidense en el momento de su aprobación allá por el siglo XIX.

5. CLAUSURA:

LUIS BERENGUER FUSTER

(PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA)

1. Problemática del sector productor

Varios elementos pueden ser indicativos de un mal funcionamiento de la fase de producción dentro de la cadena agroalimentaria, afectando a su competitividad, eficiencia y productividad.

Por un lado el desequilibrio existente entre el grado de concentración (en número de operadores) de la oferta y la demanda; por otro la reproducción de este desajuste entre los productores agrícolas y los proveedores de inputs (fertilizantes, semillas, otros insumos necesarios para la producción agrícola).

Se genera así una especie de “efecto sándwich” donde los productores sin poder de mercado están atrapados entre operadores aguas arriba y aguas abajo que sí lo tienen. Y probablemente como consecuencia de esta situación de inferioridad proliferan varios fenómenos que son especialmente perjudiciales para el sector: ausencia de relaciones contractuales formalizadas, que facilita comportamientos desleales y abusivos, asimetrías en el acceso a la información entre los operadores de oferta y demanda y, por último, volatilidad en precios de inputs productivos (en particular al alza) y ausencia de proporción entre el comportamiento de los precios en origen y finales.

El grado de intensidad con el que se manifiestan estos elementos estructurales en la producción agraria varía en los distintos subsectores. Las medidas correctoras que en su caso puedan y deban aplicarse no son por tanto uniformes.

Como argumentaré en mi exposición estas medidas correctoras no deben necesariamente pasar por contravenir el actual marco regulatorio de la defensa de la competencia.

2. Argumentos jurídicos de la interacción entre las normas de competencia con algunas prácticas propuestas para solucionar los problemas del sector

Sin perjuicio de las especificidades que pueda incluir la normativa sectorial agraria, el Derecho de la Competencia comunitario y nacional resulta aplicable tanto a las organizaciones de productores como a las interprofesionales.

Interacción a nivel comunitario:

Los artículos 101-102 TFUE resultan aplicables al sector agrario. El trato

excepcional se derivaría de la interpretación de los artículos 175 y 176 de la OCM Única (Reglamento comunitario 1234/2007), pero los precedentes comunitarios restringen en gran medida la posibilidad de que no se apliquen las normas de competencia a acuerdos entre operadores del sector agroalimentario, estableciendo unas condiciones muy exigentes para ello.

En relación con las organizaciones interprofesionales, se someten plenamente al artículo 101 del TFUE, si bien el Reglamento de la OCM Única establece algunas excepciones específicas para determinados acuerdos.

Estas excepciones se configuran de manera muy estricta, y se justifican únicamente por la especificidad de la producción y el comercio de determinados productos. En todos los casos la fijación de precios, las restricciones a la producción y el reparto de mercados están prohibidos.

Además, no debemos olvidar que se produce la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional (doctrina del efecto útil de las normas del Tratado).

El Derecho nacional (cuando marco comunitario no aplicable).

La normativa nacional de defensa de la competencia resulta plenamente aplicable al sector agroalimentario. No existen excepciones para este sector (más allá de las horizontales, caso por caso, del artículo 1.3).

Y en el caso de que existiese tal excepción, de acuerdo con la interpretación de la doctrina del efecto útil, se vería limitada a las conductas de ámbito estrictamente nacional y no de interés comunitario.

La participación de los poderes públicos en los acuerdos.

En el contexto de los acuerdos que típicamente pueden tener lugar en el sector agroalimentario, la participación de las Administraciones Públicas no suele tener calidad de operadores económicos, sino como auspiciadores del acuerdo, o incluso, firmando dicho acuerdo para incrementar su grado de oficialidad.

El hecho de que las Administraciones Públicas puedan participar en acuerdos potencialmente restrictivos de la competencia con otros operadores del sector, o bien auspiciarlos, no impide la instrucción y eventual sanción de dichos acuerdos por parte de las autoridades de competencia, comunitarias o nacionales.

En estos casos, la aplicación del principio de confianza legítima, que conduciría a eximir de la sanción por conductas infractoras de las normas de competencia a los operadores que participen en acuerdos en los que hayan tomado parte las Administraciones Públicas, no es automática. Debe demostrarse que los

operadores han actuado de Buena Fe en su interpretación de la adecuación del acuerdo en cuestión a las normas de competencia.

Las dificultades de acreditar determinadas prácticas prohibidas.

Ninguna autoridad europea de la competencia ha podido sancionar supuestas prácticas prohibidas cometidas por los operadores aguas abajo en contra de los productores, en especial situación de dependencia económica y con un marco contractual muy endeble.

Por el artículo 2 de la LDC “abuso de posición dominante”, habría que demostrar en primer lugar que hay posición dominante (que ningún operador ostenta de forma individual, aunque cabe la posibilidad de que existe posición de dominio colectivo, con lo que habría que probar la existencia de concertación) y en segundo lugar acreditar que existe abuso.

Por el artículo 3 de la LDC “falseamiento de la libre competencia por actos desleales”. Aunque se elimina la referencia específica al abuso de dependencia económica que existía previamente, que ya se encuentra regulado en la Ley de Competencia Desleal, y puede, por tanto, incardinarse en el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, nos encontramos con parecidas dificultades de obtención de prueba.

Ocurre lo mismo con las presuntas acusaciones de celebración de ventas promocionales a pérdida por los distribuidores para incrementar aún más la presión sobre los menguados o inexistentes márgenes de los productores.

3. Valoración de determinados instrumentos a disposición de los poderes públicos y operadores.

La función del Derecho de la Competencia es el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. En consecuencia su potencial como instrumento para atajar dichos problemas resulta limitado a dicha función.

Desde este punto de vista lo que resulta procedente es establecer cuál de las soluciones propuestas por poderes públicos y operadores pueden resultar compatibles con la normativa de competencia (y en qué condiciones), y cuáles no:

La CNC bajo petición de la Comisión de Economía del Congreso publicará brevemente un amplio informe sobre esta cuestión pero puedo afirmar lo siguiente:

Los acuerdos y recomendaciones de precios, no son permisibles. Los índices

de actualización de precios, no son permisibles si encubren una fijación directa o indirecta de precios. La negociación colectiva de condiciones comerciales, tampoco es admisible porque se regulan condiciones comerciales, como precios o producción, a diferencia por ejemplo de la legislación laboral que regula un factor de producción. El fomento del cooperativismo y de las centrales de venta, si no implican una modificación estructural de la oferta no resultan problemáticas si la central no tiene gran tamaño. Si provocaran cambios estructurales serían admisibles, dentro del marco general de control de concentraciones.

La mejora del acceso a la información, a través de la publicación de estadísticas, para ser admisible debe restringirse al acceso a la información en su recopilación y tratamiento, y ser presentada con un grado suficiente de agregación. En relación con la generalización de los contratos tipo, es admisible siempre que no quede cerrado el contenido que debe negociarse caso por caso, como precios o cantidades.

La adopción de códigos de conducta que ordenen las distintas fases de la cadena de valor, para limitar prácticas desleales o abuso de dependencia económica, son admisibles siempre que no incluyan cláusulas limitativas de la competencia vertical u horizontal. Eso sí, para ser efectivos tienen que funcionar los mecanismos de cumplimiento del código.

Por último, y haciendo referencia a una cuestión previamente planteada y no exenta de dificultad, la mejora del “enforcement” en competencia desleal (conductas desleales o abuso de dependencia económica) es deseable y factible pero a través de la potenciación de sus mecanismos de activación a través de una mayor implicación de las asociaciones.

4. Conclusión.

La superación de los problemas que afectan al sector agrario antes mencionados (falta de contractualización, fragmentación...) corresponde a los reguladores y a los operadores afectados, no siendo en sí mismo un objetivo del derecho de la competencia.

La CNC considera que el actual marco de interrelación entre normas de competencia y agroalimentarias, que parte de la aplicabilidad general de aquellas al sector agrario, a pesar de que el Consejo de Agricultura de la UE haya abierto recientemente la puerta a realizar una interpretación flexible de las mismas, debe seguir constituyendo el marco jurídico a partir del cual vertebrar el futuro del sector.

Modificar el marco normativo para dar cabida a conductas hasta ahora

prohibidas no solo supone un precedente injustificado con un claro efecto llamada a otros sectores productivos de características similares socavando la credibilidad del sistema de competencia, sino que sería ineficaz para acabar con los problemas estructurales del sector.

Muchos de los problemas de la oferta, que cristalizan en el poder de mercado de la demanda (atomización, asimetría de la información...) responden al escaso incentivo que las políticas de garantía de rentas agrícolas y de intervención han supuesto para una reorganización eficiente del sector.

La corrección de los problemas de desequilibrio, en términos de capacidad negociadora, entre productores y transformadores/distribuidores puede suponer para los primeros un incremento de la eficiencia por parte de aquellos (incremento del tamaño de los operadores en el nivel productor, fomento de la calidad en todos los niveles, incremento de la visibilidad de esa calidad para el consumidor final...) y de su competitividad.

Es además esta peculiar estructura la que dificulta el que aunque se dejaran de aplicar las normas de competencia y se estableciera por el sector el obligado cumplimiento de condiciones comerciales pactadas en el seno de asociaciones de productores o de organizaciones interprofesionales. ¿Serían estos acuerdos estables? ¿Cómo supervisar los incumplimientos dado el elevado grado de atomización?

En consonancia con lo anterior, el espíritu de evolución de la PAC, ha sido hasta el momento, el abrir progresivamente los mercados, no incrementar el proteccionismo. Además de necesitar acomodar las demandas internas (fagocitación del presupuesto comunitario por la agricultura, dejando escaso margen para desarrollar otras políticas comunitarias) y las externas (demandas de los países en desarrollo de abrir nuestros mercados).

Son otros los instrumentos de muy diverso tipo que los poderes públicos y operadores privados pueden utilizar para solucionar los problemas del sector, sin necesidad de contravenir necesariamente el actual contexto regulatorio sectorial y de competencia.

T D C

compromiso social.
Bancaja 