

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SECTOR AGRARIO

Prof. Dr. Anxo Tato Plaza

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Vigo

Prof. Dr. Fernando García Cachafeiro

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil

Universidad de A Coruña

Presentación

El presente estudio tiene su origen en el Convenio firmado por el Tribunal Galego de Defensa de la Competencia y la Universidad de Vigo para la realización de un estudio sobre la aplicación del Derecho de la competencia en el sector agrícola.

El estudio se estructura en tres partes. En la primera se exponen las líneas maestras de la prohibición de prácticas concertadas en el Derecho de la competencia comunitario y nacional. En la segunda parte se analiza la aplicación del Derecho de la competencia a la agricultura, dedicando una particular atención al Reglamento núm. 26 de exención por categorías en este ámbito. La tercera y última parte se centra en el análisis del sector lácteo y de la compatibilidad con la legislación de competencia de los pactos sobre precios de la leche en origen.

El presente estudio ha sido elaborado por los profesores D. Anxo Tato Plaza, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo, y D. Fernando García Cachafeiro, Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña.

Índice

Capítulo Primero: La prohibición de prácticas colusorias

I. INTRODUCCIÓN	8
II. LA PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO	9
1.- Nociones previas.....	9
2.- Acuerdo, decisión o práctica concertada.....	10
3.- La limitación de la competencia.....	14
4.- La intervención de los poderes públicos en la práctica colusoria.....	16
III. LA PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL	18
1.- Nociones previas.....	18
2.- Acuerdo, decisión o práctica concertada o conscientemente paralela....	19
3.- La limitación de la competencia.....	21
4.- La intervención de los poderes públicos en la práctica colusoria.....	24

Capítulo Segundo: Derecho de la competencia y mercado agrario

I. INTRODUCCIÓN: LIBRE COMPETENCIA Y AGRICULTURA EN EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA	28
II. EL REGLAMENTO NÚMERO 26 SOBRE APLICACIÓN DE DETERMINADAS NORMAS SOBRE LA COMPETENCIA A LA PRODUCCIÓN Y AL COMERCIO DE PRODUCTOS AGRÍCOLAS	31
1.- Nociones previas.....	31
2.- Acuerdos que formen parte de una organización del mercado.....	33
3.- Acuerdos necesarios para alcanzar los objetivos previstos en el artículo 33 del Tratado.....	34
3.1.- Cumplimiento de todos los objetivos del Tratado.....	35
3.2.- Inaplicación en sectores sometidos a una organización común de mercados.....	36

4.- Acuerdos de agricultores o de asociaciones de agricultores 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.....	39
5.- La aplicación del artículo 2 del Reglamento número 26.....	42
III.- ACUERDOS QUE NO AFECTEN AL MERCADO INTRACOMUNITARIO.....	46

Capítulo Tercero: La defensa de la competencia en el sector lácteo

I. ANTECEDENTES.....	49
1.- Importancia del sector lácteo.....	49
2.- Origen de la controversia: iniciativas para acordar un precio mínimo de la leche en el origen.....	52
 II. MARCO NORMATIVO DEL SECTOR LÁCTEO.....	54
1.- La Política Agraria Común en el sector lácteo.....	54
1.1.- Medidas de apoyo al mercado: el régimen de intervención.....	55
1.2.- Eliminación del precio indicativo.....	56
1.3.- Pagos directos a los ganaderos: la prima láctea.....	57
1.4.- Incorporación de la prima láctea al régimen de pago único.....	58
1.5.- Ayudas para la comercialización de determinados productos lácteos...59	
1.6.- La cuota láctea.....	60
1.7- Las ayudas a la exportación.....	61
2.- La regulación española del sector lácteo.....	62
 III. ESTRUCTURA DEL MERCADO.....	64
1.- La demanda.....	64
2.- La oferta.....	65
3.- El precio.....	67

IV. EXPEDIENTES DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	69
1.- Decisiones de la Comisión Europea.....	69
1.1.- Ausencia de pronunciamientos en el mercado de la leche.....	69
1.2- Un precedente cercano: el asunto <i>Carnes de vacuno francés</i> (2003)...	69
2.- Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.....	71
2.1- Introducción.....	71
2.2.- El Expte. <i>Industrias Lácteas</i> (1997).....	72
2.3- El Expte. <i>Productos Lácteos</i> (2004).....	73
V. LOS PRODUCTORES Y LOS TRANSFORMADORES SON OPERADORES ECONÓMICOS SUJETOS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	75
1.- Los productores.....	75
2.- Las empresas transformadoras.....	77
3.- Las organizaciones interprofesionales.....	78
VI. LA CONCERTACIÓN DE PRECIOS ES UNA PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA.....	80
1.- Los acuerdos de los ganaderos para negociar colectivamente el precio de la leche restringe la competencia.....	80
2.- El acuerdo entre empresas transformadoras sobre el precio de compra también es restrictivo de la competencia.....	81
3.- Los acuerdos entre productores y transformadoras restringen la competencia.....	82
VII. INEXISTENCIA DE AMPARO LEGAL DE LA CONDUCTA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA.....	84
1.- Ausencia de una disposición con rango de ley que imponga la concertación de precios.....	84
1.1.- La regulación de la OCM de productos lácteos no ampara la fijación de precios	85

1.2- Las organizaciones interprofesionales agrarias deben respetar las normas de competencia.....	86
1.3- Los contratos-tipo para la comercialización de productos agroalimentarios no pueden utilizarse para fijar precios uniformes.....	87
2.- La intervención de la Administración como atenuante de la multa.....	89
VIII. AUTORIZACIÓN DE LOS ACUERDOS SOBRE PRECIOS.....	91
1.- Los pactos sobre precios de productos lácteos en el Reglamento 26.....	92
2.1- Acuerdos integrantes organización nacional de mercado.....	93
2.2- Acuerdos necesarios para la realización de los objetivos del Tratado...	94
2.3- Acuerdos entre agricultores de un único Estado miembro.....	95
2.- Solicitud de una autorización singular para un acuerdo de precios mínimos de la leche.....	96
2.1.- Mejora de la producción o de la distribución del producto.....	96
2.2.- Beneficio de los consumidores.....	97
2.3.- Restricciones indispensables.....	98
2.4.- No eliminación de la competencia.....	99

Capítulo Primero

La prohibición de las prácticas colusorias

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como subraya la doctrina, la prohibición de las prácticas colusorias es uno de los pilares sobre los que se asienta el Derecho de Defensa de la Competencia¹. Una ojeada tanto al ordenamiento comunitario como al ordenamiento interno español y al resto de los Derechos nacionales nos permite comprobar que, junto a la prohibición del abuso de posición dominante en el mercado, la prohibición de las prácticas colusorias (esto es, de las concertaciones interempresariales que tienen un objeto o efecto lesivo para la competencia) constituye un instrumento de primer orden para que la competencia desarrolle sus benéficos efectos en el mercado.

No obstante lo anterior, debe subrayarse que la prohibición de las prácticas colusorias o de las concertaciones interempresariales no es homogénea en el Derecho comunitario europeo y en los distintos Derechos nacionales. Antes bien, tanto el Derecho comunitario como los distintos ordenamientos internos prohíben las prácticas colusorias a través de fórmulas –al menos- parcialmente divergentes. Y, por esta razón, es preciso realizar un análisis separado de la prohibición de las prácticas colusorias en el Derecho comunitario europeo y en el Derecho español.

¹ GALÁN CORONA, en BENEYTO PÉREZ (dir.) / GONZÁLEZ ORUS (coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 173.

II. LA PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

1.- Nociones previas

El artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, TCE) prohíbe las denominadas prácticas colusorias con los siguientes términos: “serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta y otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) 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 contratos”.

Así las cosas, la prohibición que recoge el artículo 81.1 TCE afecta a cualquier tipo de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia. De donde se desprende que el análisis de aquella prohibición exige –en primer término- el estudio de los conceptos de acuerdo, decisión y práctica concertada.

2.- Acuerdo, decisión o práctica concertada

La prohibición que recoge el artículo 81.1 TCE afecta en primer lugar a los acuerdos entre empresas. Y por acuerdo ha de entenderse todo tipo de concursos de voluntad entre empresas u operadores económicos, cualquiera que sea la forma en que se manifiesten y el modo en que se han producido.

El presupuesto necesario para poder hablar de un acuerdo en el sentido del artículo 81.1 TCE, así pues, es el consentimiento de las partes del mismo. Este consentimiento podrá ser tanto expreso como tácito. Pero sólo cabrá hablar de acuerdo si al menos concurre la aquiescencia de las partes en relación con el mismo. Así lo ha establecido el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, TPI) en su sentencia de 3 de diciembre de 2003. Se afirma en ella lo siguiente: “no puede estimarse que un comportamiento aparentemente unilateral por parte de un fabricante, adoptado en el marco de las relaciones contractuales que mantiene con sus distribuidores, haya dado en realidad origen a un acuerdo entre empresas, en el sentido del artículo 81.1, si no se demuestra la existencia de una aquiescencia, expresa o tácita, por parte de los demás agentes económicos con los que mantiene relaciones contractuales, a la actitud adoptada por el fabricante”.

Junto con los acuerdos, la prohibición de las prácticas colusorias afecta también –en segundo término- a las decisiones. Bajo este término quedan comprendidas cualesquiera manifestaciones de voluntad emanadas de los órganos de uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas y dirigidas a los miembros de la misma. Así las cosas, las decisiones se diferencian de los acuerdos por su origen diverso. Mientras estos últimos nacen del consentimiento de todas las partes, las decisiones nacen del acuerdo de los órganos de una asociación, unión o agrupación, acuerdo que,

según los casos, puede incluso vincular a los que no participaron en la votación o votaron en contra.

Para poder hablar de decisión en el sentido del artículo 81.1 TCE, así por consiguiente, es precisa la existencia previa de una asociación, unión o agrupación, términos éstos que deben ser interpretados en un sentido amplio, quedando incluidos en ellos cualesquiera clases de estructura (con independencia de su forma jurídica o personalidad) que engloba a varias empresas para atender necesidades e intereses comunes a ellas. Las empresas integradas en aquella estructura, por otro lado, deben mantener su autonomía jurídica y económica; en caso contrario, los acuerdos adoptados en el seno de la asociación no podrían ser reconducidos a la categoría de las prácticas colusorias, toda vez que estas prácticas requieren el concurso de una pluralidad de voluntades autónomas. Una vez cumplidos estos presupuestos, estaremos en presencia de una decisión –en el sentido del artículo 81.1- cuando en el seno de la asociación se adopta, por los órganos competentes y por el procedimiento legal o estatutariamente establecido, una decisión, ya resulte ésta vinculante para sus miembros o carezca de efectos obligatorios. En efecto, es doctrina constante del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, TJCE) aquella según la cual no es determinante para la noción de decisión que sea jurídicamente vinculante, sino que también las meras recomendaciones, que no obligan a los miembros de la asociación, caen bajo la prohibición en cuanto expresión de la voluntad de la asociación de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado. Resulta muy significativa, en este sentido, la sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1983 (IAZ / Comisión), en la que expresamente se declara que “una recomendación incluso desprovista de efecto obligatorio no escapa a la aplicación del artículo 85.1 [actual artículo 81.1] cuando la aceptación de la recomendación por las empresas destinatarias ejerce una influencia sensible sobre el juego de la competencia en el mercado en cuestión”.

Por último, la prohibición de las prácticas colusorias ex art. 81.1 TCE afecta también a las prácticas concertadas. Es ésta, sin duda alguna, la figura de perfiles más difusos de cuantas integran aquella prohibición. Razón esta última por lo que la doctrina tiende a concluir que, con su tipificación, el legislador ha pretendido que queden afectadas por la prohibición de las prácticas colusorias cualesquiera concertos de voluntad entre operadores económicos que no sean susceptibles de ser calificados, en sentido estricto, como acuerdos o decisiones. De forma que el concepto de prácticas concertadas operaría como categoría de cierre para permitir la represión de cualesquiera prácticas colusorias que, teniendo su origen en el concierto o concurso de voluntades, no puedan ser reconducidas a las categorías de acuerdos o decisiones.

Así las cosas, la categoría relativa a las prácticas concertadas abarcaría –ante todo- aquellas conductas idénticas o paralelas que, sin tener su origen en un convenio o acuerdo en sentido estricto, suponen un cierto grado de coordinación o concertación entre las empresas que las desarrollan. En palabras del TJCE (sentencia de 14 de julio de 1972, Materias colorantes), las prácticas concertadas constituyen “una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a un convenio propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas”. Dicho de otro modo – y siguiendo siempre las palabras del alto Tribunal comunitario- la práctica concertada es el resultado de “una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes”.

Del concepto expuesto se deduce que, para apreciar la existencia de una práctica concertada, deben concurrir dos presupuestos: una conducta idéntica o paralela por parte de una pluralidad de operadores económicos, y la existencia de un mínimo nivel de coordinación entre todos ellos.

Por consiguiente, el simple paralelismo de las conductas de una pluralidad de operadores económicos no es suficiente, *per se*, para afirmar la existencia de una práctica concertada. Es preciso, además, que exista un cierto nivel de coordinación entre todos ellos. Un umbral mínimo de coordinación que el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea ha identificado con los “contactos” en sentido lato. Resulta muy significativa, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000 (Cementeras). Se afirma en ella lo siguiente: “el concepto de práctica concertada exige la existencia de contactos caracterizados por la reciprocidad. Este requisito de reciprocidad se cumple cuando un competidor informa a otro, a petición de éste o, al menos, con su beneplácito, de sus intenciones o de su conducta futura en el mercado”. En definitiva, sostiene el Tribunal de Primera Instancia que constituirá una práctica concertada en el sentido del artículo 81.1 “toda toma de contacto directa o indirecta entre operadores económicos que pueda revelar a un competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o se propone adoptar en el mercado, cuando esta toma de contacto tenga por efecto u objeto abocar a condiciones de competencia que no se corresponderían con las condiciones normales del mercado”.

Por el contrario, no cabe hablar de práctica concertada cuando, más allá de este umbral mínimo de concertación o coordinación, el paralelismo o la identidad de conductas obedece a una respuesta natural del mercado. En palabras del propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (sentencia de 16 de diciembre de 1975, Azúcar), “los operadores económicos están en su derecho de adaptarse inteligentemente a un comportamiento comprobado o previsible de sus competidores”.

3.- La limitación de la competencia

Siguiendo el propio tenor literal del art. 81.1 TCE, los acuerdos, las decisiones y las prácticas concertadas son prácticas prohibidas en la medida en que tengan por objeto o por efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

Así pues, la limitación o afección de la competencia puede ser tanto el objeto como el efecto de las prácticas colusorias. De donde se desprende que cuando un acuerdo, decisión o práctica concertada tienda directamente a limitar la competencia, debe ser calificada como práctica colusoria prohibida sin necesidad de examinar sus efectos. El examen de los efectos del acuerdo, en efecto, tan sólo resultará preciso en la medida en que de los propios términos del acuerdo no se pueda deducir o inferir directamente una finalidad u objeto anticompetitivo. Tal y como subraya la doctrina, “si de los términos o contenido del acuerdo, decisión o práctica concertada no se infiere la finalidad u objeto anticompetitivo, se hace preciso entrar a examinar sus efectos, pues en razón del contexto económico y jurídico en que ha tenido lugar la concertación pueden producirse consecuencias u efectos que la ley quiere evitar”².

En todo caso, la afección o limitación de la competencia debe ser el objeto o una de las consecuencias del acuerdo. En relación con ella, el TJCE procedió en un principio a un análisis puramente formal; de suerte que concluía que suponían una afección o limitación de la competencia todos aquellos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas cuyo objeto o efecto fuese una limitación de la libertad de competir de los partícipes.

No obstante, este análisis puramente formal fue progresivamente abandonado a lo largo de la década de los ochenta. A partir de entonces, el

² GALÁN CORONA, op. cit., pág. 196.

análisis formal fue sustituido por un análisis económico (*economic approach*) de los efectos de la correspondiente práctica en el mercado relevante. Una vez constatado que pueden existir prácticas concertadas que formalmente supongan una restricción a la libertad de competir de los partícipes pero que –desde una perspectiva material- tengan un efecto procompetitivo, tanto la doctrina como el TJCE sostienen en la actualidad que sólo puede afirmarse una afección de la competencia cuando, una vez examinados los concretos efectos de la práctica concertada sobre el mercado relevante, se puede afirmar que aquélla genera un efecto anticompetitivo³.

Por último, el efecto anticompetitivo de la práctica concertada (o, si se prefiere, la afección de la competencia) debe ser sensible. En efecto, el art. 81.1 TCE no acogía de forma expresa la regla *de minimis*. Sin embargo, la Comisión introdujo desde un inicio esta regla en sus decisiones, sosteniendo en ellas que los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas sólo incurrirán en la prohibición recogida en aquel precepto en la medida en que puedan producir importantes efectos lesivos para la competencia.

Esta tesis de la Comisión, en fin, fue finalmente acogida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En efecto, en su importante sentencia de 9 de julio de 1969 (Volk), el TJCE puso de manifiesto que un acuerdo puede caer fuera del ámbito de aplicación de la prohibición recogida en el art. 81 si no afecta al mercado más que de una forma insignificante.

Desde entonces, la regla *de minimis* (o, si se prefiere, la tesis que excluye del ámbito de aplicación de la prohibición de las prácticas colusorias a los acuerdos de menor importancia) ha estado siempre presente en la praxis de la Comisión y del Tribunal. Y aunque han variado con el paso del tiempo los criterios aplicados por la Comisión para calificar un acuerdo como

³ Vid., al respecto, GARCÍA CACHAFEIRO, “El giro norteamericano del Derecho *antitrust* comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la *Sherman Act*”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 256, 2005, págs. 597 y ss.

de menor importancia (la última Comunicación de la Comisión donde se recogen aquellos criterios se remonta al 22 de diciembre de 2001), resulta indiscutible en la actualidad la tesis según la cual un acuerdo, decisión o práctica concertada sólo encaja en el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE en la medida en que pueda producir una afección sensible de la competencia.

4.- La intervención de los poderes públicos en la práctica colusoria.

Para finalizar con el estudio de la prohibición de las prácticas colusorias en el Derecho comunitario europeo, debemos analizar si aquella afecta también a los acuerdos, decisiones o recomendaciones amparados en actos de los poderes públicos. Es ésta una cuestión reiteradamente analizada por la Comisión y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Y, de sus decisiones y sentencias, cabe deducir una doctrina constante que nos lleva a diferenciar tres supuestos diversos.

En primer lugar, nos encontramos con aquellos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que han sido impuestas por los poderes públicos. En una hipótesis como la descrita, como es obvio, no cabe hablar de una práctica colusoria prohibida. Como ya hemos tenido ocasión de comprobar, la existencia de una práctica colusoria (en cualquiera de sus modalidades) exige el consentimiento de los partícipes y, por ende, un concierto de voluntades. En la medida en que la práctica tenga su origen, no en un libre concierto de voluntades, sino en una imposición de los poderes públicos, no podrá afirmarse ya la existencia de una práctica concertada, al margen del examen de la legalidad y legitimidad de la actuación pública.

Un análisis distinto merecen aquellos supuestos en los que los poderes públicos, sin imponer la práctica, promuevan o inciten la misma. Pues bien, la conclusión de un acuerdo en el marco de directrices públicas –

según la constante jurisprudencia del TJCE- no excluye la aplicación a aquél del artículo 81.1 TCE. Esta exoneración, llegado el caso, sólo se produciría cuando las medidas adoptadas por los poderes públicos no dejen margen alguno a los operadores económicos para eludir el desarrollo de comportamientos incursos en la prohibición. Dicho de otro modo, se excluye la aplicación del artículo 81.1 cuando las medidas adoptadas por los poderes públicos suponen necesariamente la realización –por parte de los operadores económicos- de prácticas concertadas. En cambio, resultará aplicable la prohibición en aquellas hipótesis en las que las medidas adoptadas por los poderes públicos no exigían (de forma absolutamente necesaria) el desarrollo de prácticas concertadas. Véase sino la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10 de diciembre de 1985. En este caso, la parte demandada alegó en su defensa que los acuerdos objeto de enjuiciamiento respondían a las presiones de los poderes públicos. Pero esta alegación fue rechazada por el alto tribunal comunitario afirmando que no había resultado acreditado que los poderes públicos pretendieran en momento alguno que los objetivos pretendidos con sus medidas debieran alcanzarse necesariamente mediante acuerdos colusorios.

En fin, junto a los dos supuestos de hecho hasta aquí analizados, también merece ser objeto de estudio una hipótesis ulterior. Nos referimos a aquellos supuestos en los que la práctica concertada no ha sido ni impuesta ni impulsada por los poderes públicos, pero ha sido objeto de aprobación o ratificación posterior por parte de éstos. En relación con este tercer grupo de casos, una vez más, la doctrina del TJCE es sólida y constante: la práctica colusoria sólo quedará excluida del ámbito de aplicación del artículo 81.1 en la medida en que el acto de ratificación o validación posterior por parte de los poderes públicos sustituya íntegramente el contenido del acuerdo previo entre los operadores (sentencia de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke).

III. LA PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

1.- Nociones previas

Como es bien sabido, la Ley española de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, LDC) tipifica cuatro prácticas prohibidas: las prácticas colusorias, el abuso de posición de dominio, la explotación de una situación de dependencia económica y, finalmente, el falseamiento de la libre competencia a través de actos de competencia desleal.

En relación con la primera de estas cuatro categorías, las prácticas colusorias se tipifican en el artículo 1.1 de la LDC, cuyo tenor literal es el siguiente: “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

Así pues, los presupuestos que deben concurrir para afirmar la existencia de una práctica colusoria en el Derecho interno español son

similares a los ya analizados en relación con el Derecho comunitario europeo: en primer lugar, debe existir un acuerdo, decisión o práctica concertada o conscientemente paralela entre diversos operadores económicos; y, en segundo término, dicha práctica colusoria debe tener por objeto o producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en la totalidad o en parte del mercado nacional.

2.- Acuerdo, decisión o práctica concertada o conscientemente paralela.

La mayor parte de las conductas que contempla el art. 1 LDC coinciden con las que tipifica el art. 81.1 TCE. Por consiguiente, el concepto de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el ámbito del Derecho interno español es similar al expuesto al analizar aquellos mismos conceptos en el ámbito del Derecho comunitario europeo.

Así las cosas, el art. 1 LDC tan sólo tipifica una conducta específica: las prácticas conscientemente paralelas. Inicialmente, el tenor literal empleado por el legislador en el art. 1 LDC (que habla de prácticas concertadas o conscientemente paralelas) llevó a un importante sector de nuestra doctrina científica a considerar este término como sinónimo de las prácticas concertadas. De forma que, al referirse a las prácticas conscientemente paralelas, no pretendía el legislador español tipificar una nueva conducta, sino más bien reforzar la tipificación de las prácticas concertadas.

Este tipo de interpretación, sin embargo, fue rápidamente rechazada por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Para el órgano encargado de la aplicación de la LDC, las conductas conscientemente paralelas constituyen un tipo específico y autónomo de prácticas colusorias, distinto de las prácticas concertadas.

Resulta muy significativa, en este sentido, la resolución del Tribunal de 6 de marzo de 1992 (Detergentes). En esta resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia afirma que las prácticas conscientemente paralelas constituyen un tipo autónomo en relación con las prácticas concertadas. Y –lo que es más importante- el Tribunal ofrece también un concepto de ambos tipos de conductas, lo que permitiría su diferenciación. Según el TDC, las prácticas concertadas serían “aquellas actuaciones que, alterando o restringiendo la situación de competencia en un mercado, implican un paralelismo de conducta consciente entre agentes económicos, normalmente competidores, y suponen cierta cooperación y coordinación entre ellos”. En cambio, las prácticas conscientemente paralelas deberían serían las conductas que “no exigen el elemento consensual, aunque, evidentemente, no podrán ser explicadas por las reacciones normales o previsibles de los agentes en el mercado”.

Así las cosas –y siempre siguiendo la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia- las prácticas conscientemente paralelas deben ser consideradas conductas distintas de las prácticas concertadas. Y, a diferencia de lo que sucede con estas últimas, para apreciar la existencia de una práctica conscientemente paralela será suficiente comprobar la identidad o el paralelismo de las conductas de los operadores económicos, sin que este paralelismo o identidad de conductas pueda ser explicado o justificado como una respuesta natural del mercado. Para afirmar la existencia de una conducta conscientemente paralela, en cambio, no será necesario acreditar la existencia de un umbral mínimo de coordinación entre las partes implicadas, umbral mínimo de coordinación que sí exigen las prácticas concertadas.

3.- La limitación de la competencia.

Al igual que en el ámbito del Derecho comunitario europeo, las conductas contempladas en el artículo 1 LDC sólo se considerarán prohibida si tienen por objeto o producen o pueden producir el efecto de falsear, impedir o restringir la libre competencia.

Al igual que el TJCE, el Tribunal de Defensa de la Competencia interpretó este segundo presupuesto en un inicio bajo una perspectiva estrictamente formal. Concluía así que todo acuerdo, decisión o práctica concertada que supusiese una limitación de la capacidad o libertad competitiva de los partícipes constituía una práctica colusoria prohibida.

No obstante, la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia se vio sometida –en este punto- a una evolución similar a la sufrida por la jurisprudencia del TJCE. Así, aquel análisis puramente formal, fue siendo progresivamente sustituido por un análisis económico de los concretos efectos de la conducta enjuiciada sobre el mercado relevante. Indicios relevantes de esta evolución de la doctrina del TDC podían encontrarse ya en sus resoluciones de 2 de marzo de 1993 (ICI Paints España), 15 de septiembre de 1993 (Pentaservice), 6 de mayo de 1994 (Cajas de Ahorro asociadas) y 6 de septiembre de 1995 (Máquinas recreativas). Mas, sin duda alguna, la resolución donde se aprecia con mayor claridad el cambio en los métodos de análisis del TDC es la de 11 de diciembre de 1995 (Electrodomésticos de Alicante). En esta resolución se analizaba una denuncia por competencia desleal formulada contra una empresa mayorista integrada en el grupo Tien 21, una cadena de distribución de electrodomésticos de ámbito nacional cuyos accionistas son sociedades mayoristas de ámbito provincial. Celsa –la entidad denunciada- cedió el uso de la marca Tien 21 a diversos establecimientos minoristas de venta al público en la provincia de Alicante, actuando aquélla como central de compra y de abastecimiento de los minoristas. Pues bien, al analizar los

acuerdos alcanzados con los minoristas, el Tribunal reconoció que las cadenas comerciales limitaban la libertad de los minoristas para determinar autónomamente aspectos sustanciales de su política comercial, por lo que podía afirmarse que el acuerdo de cadena restringía la competencia entre los establecimientos minoristas adheridos. Bajo un análisis estrictamente formal –que atendiese únicamente a la limitación de la capacidad o libertad competitiva de los operadores económicos- esta conclusión hubiese sido suficiente para afirmar la existencia de una limitación de la competencia y, por ende, de una práctica colusoria prohibida. Pero el Tribunal, en lugar de detenerse en este análisis formal, decide analizar también las consecuencias del acuerdo sobre el mercado relevante. Y después de constatar que el grupo Tien 21 no tenía directamente por objeto limitar la competencia y que no ostentaba una posición dominante en el mercado relevante, concluyó que las ventajas competitivas derivadas de su pertenencia a la cadena de los establecimientos minoristas les permitían ser más eficientes y constituirse en duros competidores frente a las grandes superficies comerciales. En definitiva, el acuerdo de cadena, si bien limitaba la competencia intracadena, incrementaba la competencia entre cadenas y grandes superficies comerciales, resultando así un balance global positivo para la competencia. Y fueron precisamente estos beneficiosos efectos procompetitivos del acuerdo de cadena los que llevaron al Tribunal a concluir que el mismo no infringía el art. 1.1 LDC.

Así las cosas, y como ya hemos tenido ocasión de exponer en otro lugar⁴, podemos concluir afirmando que el TDC, haciendo dejación de un concepto subjetivo de competencia, que implicaba la prohibición automática de todo acuerdo que de alguna forma limitase la libertad de competir de los operadores económicos concertados, ha pasado a manejar un concepto objetivo de competencia, que exige delimitar y analizar el mercado relevante para establecer si el acuerdo, después de realizar un balance competencial,

⁴ COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 69.

es o no procompetitivo. En definitiva, más allá de la incidencia formal del pacto o conducta sobre la libertad competitiva de los partícipes, sólo puede afirmarse una afección de la competencia cuando, una vez examinados los concretos efectos de la práctica concertada sobre el mercado relevante, se puede afirmar que aquélla genera un efecto anticompetitivo.

Para finalizar, debemos subrayar que la prohibición recogida en el art. 1.1 LDC afecta a cualquier acuerdo, decisión, práctica concertada o conscientemente paralela que suponga una afección o limitación de la competencia. A diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho comunitario, la LDC no permite concluir que aquella prohibición afecta únicamente a las prácticas que supongan una afección sensible de la competencia. De hecho, el art. 1.3 LDC establece expresamente que “los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Asimismo, se podrán autorizar, siempre en la medida en que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1 o categorías de los mismos siempre que (...) atendiendo a su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”.

Pese a los severos y justificados reproches de la doctrina hacia el régimen jurídico que establece este precepto para los acuerdos de menor importancia, su propio tenor literal da a entender claramente que éstos deben entenderse incursos en la prohibición del art. 1.1, al margen de que, por su escasa relevancia, puedan ser no perseguidos o autorizados.

4.- La intervención de los poderes públicos en la práctica colusoria.

Según establece el art. 2.1 LDC, “sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley. Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”.

Una atenta lectura de este precepto nos da pie, una vez más, para diferenciar tres hipótesis diversas. En primer lugar, deben ser objeto de estudio aquellos supuestos en los que la práctica colusoria ha venido impuesta por una norma con rango legal. En una hipótesis como la descrita –y al igual que sucedía en el ámbito del Derecho comunitario europeo- no cabe hablar de práctica colusoria prohibida, toda vez que no existe el consentimiento (que presupone la voluntariedad) de los operadores económicos para el desarrollo de la conducta examinada.

Un análisis diferente merecen aquellos supuestos en los que la norma legal, si bien no impone el desarrollo de una práctica colusoria, sí la autoriza. A este tipo de supuestos se refiere directamente el art. 2.1, excluyéndolos del ámbito de aplicación de la prohibición que recoge el art. 1.1 siempre que concurren varios presupuestos:

En primer lugar, la conducta examinada debe haber sido autorizada por una norma con rango legal. En cambio, el art. 2.1 no excluye del ámbito de aplicación de la prohibición de las prácticas colusorias a las conductas autorizadas por normas reglamentarias. En este sentido, cabe recordar que el art. 2.1, en su redacción original, hacía referencia a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resultasen de la aplicación de

una ley o de las normas reglamentarias que la desarrollasen. La supresión de este último inciso a través de la reforma de la LDC operada por la Ley 52/1999 pone de manifiesto que sólo quedan excluidas del ámbito de aplicación del art. 1.1 las conductas autorizadas por una norma de rango legal.

En segundo lugar, debe existir una identidad de objetivos entre la conducta examinada y el fin perseguido por la norma legal que la autoriza. Dicho de otra forma, sólo quedan excluidas del ámbito de aplicación de la prohibición de las prácticas colusorias aquellas conductas que persigan idénticos fines que los buscados por la norma legal que las autorizaba. Y, en sentido contrario, pueden considerarse prácticas colusorias prohibidas aquellas conductas que, pese a venir autorizadas por una norma con rango legal, se desarrollen para alcanzar un objetivo distinto del perseguido por aquélla. Véase sino la resolución del TDC de 25 de junio de 1996 (Aparejadores de Madrid). Se examinaba en ella la conducta consistente en la denegación –por parte del Colegio profesional de aparejadores- del visado para que un nuevo profesional pudiese prestar sus servicios al denunciante, en tanto no fuesen íntegramente abonados los honorarios devengados por el anterior aparejador. Pues bien, pese a que esta actuación pretendía ampararse en los Estatutos del Colegio y en el RD 314/1979, el TDC concluyó que la finalidad legal del visado previo “no consiste en la defensa de los intereses económicos de los colegiados, sino que supone un instrumento en virtud del cual el Colegio garantiza que el encargo se ajusta a la legalidad”.

Por último, deben cumplirse todos los requisitos previstos en la norma legal habilitante para el desarrollo de la conducta colusoria. Resultan ilustrativas, en este sentido, las diversas resoluciones pronunciadas por el TDC en relación con las conferencias marítimas (resoluciones de 13 de mayo de 1993, Copecan II, y de 17 de septiembre de 1993, Internan). En ellas, el TDC no se limitó a constatar que las conferencias marítimas se

encontraban autorizadas por el artículo 84 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Por el contrario, antes de excluir aquellas conferencias del ámbito de aplicación del art. 1.1 LDC, examinó si concurrían en las mismas los requisitos exigidos por el art. 84.2 de la misma Ley de Puertos.

En fin, junto a los supuestos de hecho hasta aquí examinados, también podría trazarse una tercera hipótesis, integrada por aquellos casos en los que no existe norma legal que imponga ni autorice la conducta restrictiva, pero ésta ha sido promovida o fomentada desde los poderes públicos. Al igual que sucede en el Derecho comunitario europeo, la intervención de los poderes públicos en este tipo de conductas no las excluye del ámbito de aplicación del art. 1.1 LDC. En este sentido, el art. 2.1 es claro y concluyente al establecer que “serán de aplicación [las prohibiciones del artículo 1] a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”.

Capítulo Segundo
Derecho de la competencia y mercado
agrario

I. INTRODUCCIÓN: LIBRE COMPETENCIA Y AGRICULTURA EN EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Tanto la libre competencia como la agricultura se enumeran en el TCE como políticas comunitarias encaminadas al establecimiento de un mercado común. En efecto, es el artículo 2 del TCE el que fija el establecimiento de un mercado común como uno de los objetivos prioritarios de la Comunidad. Y el artículo 3, a su vez, establece lo siguiente: “Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: a) la prohibición, entre los Estados miembros, de derechos de aduana y de restricciones cuantitativas a la entrada y salida de las mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente, b) una política comercial común; c) un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, d) medidas relativas a la entrada y circulación de personas, conforme a las disposiciones del Título IV; e) *una política común en los ámbitos de la agricultura y de la pesca*; f) una política común en el ámbito de los transportes; g) *un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior*; h) la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común; i) el fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo; j) la política en el ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo; k) el fortalecimiento de la cohesión económica y social; l) una política en el ámbito del medio ambiente; m) el fortalecimiento de la competitividad de la industria de la Comunidad; n) el fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico; o) el fomento de la creación y del desarrollo de redes transeuropeas, p) una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud; q) una contribución a una enseñanza y a una

formación de calidad, así como al desarrollo de las culturas de los Estados miembros; r) una política en el ámbito de la cooperación al desarrollo; s) la asociación de los países y territorios de Ultramar, a fin de incrementar los intercambios y continuar en común el esfuerzo por el desarrollo económico y social; t) una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores; u) medidas en los ámbitos de la energía, de la protección civil y del turismo.

No obstante lo anterior, el propio legislador comunitario ha sido consciente que los objetivos de una política agraria común (en lo sucesivo, PAC) no serán compatibles con la plena aplicación del principio de libre competencia. En efecto, es el propio artículo 36 del Tratado el que establece un límite significativo a la aplicación de la política de la libre competencia en el sector agrario. Según se prevé en aquel precepto, 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 Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 37, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 33”.

Así las cosas, el artículo 36 del TCE posee un doble valor⁵. Por un lado, reconoce la prevalencia de la política agraria común sobre la política de libre competencia. Y, por otro, concede un amplio margen de discrecionalidad al Consejo para determinar la medida en que han de ser aplicadas las normas sobre competencia en el sector agrario. Este amplio margen de discrecionalidad, por lo demás, sólo se ve limitado por una circunstancia: las decisiones del Consejo deben estar justificadas sobre la base de los objetivos perseguidos por la política agraria común, objetivos que se enumeran en el artículo 33 del TCE, cuyo tenor literal es el siguiente: “Los objetivos de la política agrícola común serán: a) incrementar la

⁵ BELLAMY / CHILD, *European Community Law of Competition*, 5ª ed., Sweet & Maxwell, 2001, pág. 1200.

productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, 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; b) 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; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables”.

II. EL REGLAMENTO NÚMERO 26 SOBRE APLICACIÓN DE DETERMINADAS NORMAS SOBRE LA COMPETENCIA A LA PRODUCCIÓN Y AL COMERCIO DE PRODUCTOS AGRÍCOLAS

1.- Nociones previas

Las facultades conferidas al Consejo por el artículo 36 TCE fueron desarrolladas por aquél a través de la aprobación del Reglamento número 26, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas.

El Reglamento número 26, por lo demás, comienza con una declaración general en virtud de la cual las normas sobre la competencia que se recogen en el TCE, en línea de principio, deben considerarse aplicables en el mercado agrícola. Establece el artículo 1 del Reglamento, en efecto, que “a partir de la entrada en vigor del presente Reglamento, los artículos 85 a 90 inclusive del Tratado [en la actualidad, arts. 81 y sigs. TCE], así como las disposiciones adoptadas para su aplicación se aplicarán a cualesquiera acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el apartado 1 del artículo 85 y en el artículo 86 del Tratado, relativos a la producción o al comercio de los productos enumerados en el Anexo II del Tratado, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 2”.

No obstante lo anterior, el principio según el cual las reglas de la competencia se aplican íntegramente a la producción y comercialización de productos agrícolas conoce ciertas excepciones. Estas excepciones son las que se contemplan en el artículo 2 del Reglamento, cuyo tenor literal es el siguiente: “El apartado 1 del artículo 85 del Tratado [actual artículo 81.1] será inaplicable a los acuerdos, decisiones, y prácticas mencionados en el artículo precedente que forman parte integrante de una organización

nacional de mercado o que sean necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado. No se aplicará en particular a los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de éstos 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 39 del Tratado son puestos en peligro”.

Tal y como tendremos ocasión de comprobar más adelante, el precepto que acabamos de transcribir contempla tres excepciones diversas frente a la regla general que predica la aplicabilidad de las reglas de la competencia en el sector agrario. No obstante, antes de analizar por separado cada una de estas tres excepciones, es preciso hacer constar que éstas se aplican únicamente en relación con la prohibición de las prácticas colusorias. En efecto, es el propio tenor literal del artículo 2 del Reglamento número 26 el que pone de manifiesto que las excepciones que en él se contemplan se aplican únicamente en el ámbito de la prohibición de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas. En cambio, el Reglamento número 26 no contempla excepción alguna a la prohibición del abuso de posición de dominio.

Por otra parte, debe tenerse presente que las excepciones contempladas en el artículo 2 del Reglamento número 26 deben ser objeto de una interpretación restrictiva. Así lo han declarado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el Tribunal de Primera Instancia a través de una copiosa jurisprudencia. Resultan muy significativas, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1995 (*Oude Luttikhuis*) y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de

1997 (Florimex). En esta última, por ejemplo, se afirma de forma taxativa que “al tratarse de una excepción a la regla de aplicación general del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, el artículo 2 del Reglamento nº 26 debe interpretarse restrictivamente”.

2.- Acuerdos que formen parte de una organización del mercado

Una vez hechas estas precisiones previas, debemos adentrarnos en el análisis de cada una de las excepciones que contempla el artículo 2 del Reglamento número 26. La primera de estas excepciones, tal y como se desprende del tenor literal de aquel precepto, afecta a los acuerdos que formen parte de una organización nacional de mercado, los cuales quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE. A estos efectos, la propia Comisión ha definido las organizaciones nacionales de mercado con los siguientes términos: “La organización nacional se define como un conjunto de instrumentos jurídicos por los que se coloca bajo el control de la autoridad pública la regulación del mercado de los productos de que se trate, con vistas a garantizar, a través del incremento de la productividad y de un empleo óptimo de los factores de producción y, sobre todo, de la mano de obra, un nivel de vida equitativo para los productores, la estabilización de los mercados, la seguridad de los suministros y precios razonables a los consumidores” [Decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 1987, Patatas tempranas, DOCE L59 (1988)]

Por lo demás, la doctrina que se ha aproximado al estudio de esta primera excepción coincide al afirmar que posee un valor prácticamente residual. En efecto, la mayor parte de las organizaciones nacionales de mercado han sido progresivamente sustituidas por organizaciones de ámbito comunitario (OCM). De donde se desprende que aquella primera excepción sólo afectará a los acuerdos concluidos en relación con productos que, pese a estar mencionados en el Anexo 1 del Reglamento 26 (y quedar, por ende,

incluidos dentro de su ámbito de aplicación), su producción y comercialización aún no ha sido sometida a una organización de ámbito comunitario (OMC). En cambio, cuando la organización nacional ha sido sustituida por una organización de ámbito comunitario, esta la excepción que contempla el primer inciso del artículo 2 del Reglamento número 26 resulta inaplicable. Así lo confirmó la Comisión en su decisión en el asunto *Scottish Salmon Board* [DOCE L 246 (1992)]. Afirmó en ella la Comisión que un acuerdo de fijación de precios en relación con el salmón no podía ser justificado sobre la base de la existencia de una organización nacional de mercado, toda vez que dicha organización nacional había sido sustituida por una organización comunitaria.

No obstante lo anterior, y ya para finalizar, debe subrayarse que los acuerdos integrantes de una organización nacional de mercado que ya ha sido sustituida por una OMC pueden quedar también amparados por el Reglamento número 26 cuando la propia OMC ha autorizado la subsistencia de la organización nacional de mercado. Un buen ejemplo a este respecto lo encontramos en los Reglamentos 1421/78 y 1422/78. En efecto, estos Reglamentos, pese a la existencia de una OMC en el sector lácteo, permitieron la subsistencia –bajo determinadas condiciones- de las *Milk Marketing Boards* existentes en el Reino Unido. En una hipótesis como la descrita, los acuerdos de la organización nacional de mercado quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE, siempre que se cumplan los requisitos bajo los cuales se autorizó la subsistencia de la organización nacional.

3.- Acuerdos necesarios para alcanzar los objetivos previstos en el artículo 33 del Tratado

Como ya hemos tenido ocasión de comprobar, el artículo 33 del TCE fija los objetivos de la política agraria común. Según se dispone en aquel

precepto, “los objetivos de la política agrícola común serán: a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, 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; b) 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; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables”.

Pues bien, la segunda excepción que contempla el artículo 2 del Reglamento 26 afecta precisamente a aquellos acuerdos que resulten necesarios para alcanzar la política agraria común. Por lo demás, la interpretación y aplicación de este precepto ha sido muy restrictiva por parte de las autoridades comunitarias. Así, las autoridades comunitarias han fijado un doble límite para la aplicación de esta excepción. De un lado, han defendido que sólo pueden acogerse a aquélla los acuerdos que pretendan la consecución de todos los objetivos enumerados por el artículo 33, quedando excluidos por tanto aquellos acuerdos que, por sus características, no sean aptos para alcanzar alguno o algunos de aquellos objetivos. Y, por otro lado, han subrayado también que en los sectores sometidos a una organización común de mercado (OCM), es la reglamentación de la organización común la que determina la forma en la que han de alcanzarse los objetivos previstos en el artículo 33; por consiguiente, los acuerdos objeto de examen deben constituir uno de los mecanismos previstos por la normativa de la OCM para alcanzar dichos objetivos.

3.1.- Cumplimiento de todos los objetivos del Tratado

El primero de estos dos límites –como avanzábamos- ha sido claramente fijado tanto por el Tribunal de Justicia como por la Comisión Europea. Así, en relación con el primero, resulta muy significativa su

sentencia de 30 de marzo de 2000 (Florimex), en la que el Tribunal sostiene que si la Comisión está dispuesta a aplicar la excepción de la primera frase del artículo 2.1 del Reglamento 26, está obligada a demostrar de qué manera el acuerdo es necesario para la consecución de cada uno de los objetivos enunciados por el artículo 33 del Tratado.

De acuerdo con esta jurisprudencia, la Comisión también ha afirmado en reiteradas ocasiones que “la excepción de la letra b) sólo se aplica si el acuerdo en cuestión propicia la realización de todos los objetivos del apartado 1 del artículo 33 o al menos, cuando estos objetivos sean divergentes, si la Comisión puede compaginar estos objetivos de tal modo que se pueda aplicar esta excepción” [vid., *ad ex.*, decisión de la Comisión de 20 de octubre de 2004, Tabaco crudo].

3.2.- Inaplicación en sectores sometidos a una organización común de mercados

Como ya se ha expuesto, la aplicación de la segunda excepción contemplada por el artículo 2 del Reglamento 26 se ve sometida también a un segundo límite, que afecta de forma específica a aquellos sectores sometidos a una organización común de mercado (OCM). En relación con estos sectores, la praxis de la Comisión ha establecido que los mecanismos y medios a través de los cuales han de alcanzarse los objetivos previstos en el artículo 33 TCE vienen fijados por la normativa que establece la organización común de mercado. En consecuencia, la excepción contemplada en el artículo 2 del Reglamento 26 sólo será aplicable en relación con acuerdos que formen parte de los mecanismos enumerados por la normativa reguladora de la organización común de mercado para alcanzar los objetivos del artículo 33 TCE. Resultan muy significativas, en este sentido, dos decisiones de la Comisión.

En la primera de ellas [Decisión de 26 de noviembre de 1986, Meldoc, DOCE L 348/1986], la Comisión rechazó la aplicación del artículo 2 del Reglamento 26 a un acuerdo en el ámbito del sector lácteo con los siguientes argumentos: “Las organizaciones nacionales de mercado de la industria lechera han sido sustituidas por una organización común de mercado, cuyas normas están establecidas en el Reglamento (CEE) no 804/68 del Consejo (2). De acuerdo con éste, el acuerdo por el que se constituye el gran Meldoc no queda cubierto por la primera excepción prevista en la primera frase del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento no 26. El acuerdo constitutivo del gran Meldoc no es tampoco necesario para realizar los objetivos previstos en el artículo 39 del Tratado CEE. El tercer apartado del preámbulo del Reglamento no 26 indica que esta excepción se aplicará únicamente en la medida en que la aplicación del apartado 1 del artículo 85 ponga en peligro la realización de los objetivos de la política agrícola común en el sector de que se trata. En segundo lugar, los medios que pueden utilizarse en el sector lechero para realizar los objetivos de la política agrícola común enunciados en el artículo 39 del Tratado se establecen en el Reglamento (CEE) no 804/68 del Consejo. Éste se aplica especialmente en materia de medidas de soporte de precios. Aun cuando deja un ámbito determinado para las iniciativas privadas, en el marco de los medios establecidos por el Reglamento (CEE) no 804/68 para alcanzar los objetivos del artículo 39 del Tratado, las actividades del grupo Meldoc en este caso (incluyendo un sistema de cuotas, un régimen de compensación, consultas sobre ventas y precios y acciones determinadas para prevenir las importaciones procedentes de otros Estados miembros) suponen un intento de establecer un mecanismo privado de intervención, muy distinta de la intervención que prevé el Reglamento (CEE) no 804/68 y que debe tipificarse de forma que «no impida la libre circulación de las mercancías en cuestión dentro de la Comunidad » (quinto párrafo)”.

Una doctrina similar la encontramos en la decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 1988 (Sicasov, DOCE L 4/1999]. Al igual que en la

decisión antes trascrita, en la presente decisión la Comisión también rechazó la aplicación del artículo 2 del Reglamento 26 a un acuerdo en el sector de las semillas al comprobar que el acuerdo no figuraba entre los mecanismos contemplados por la OCM para la consecución de los objetivos previstos en el artículo 33 TCE. Sus argumentos a este respecto fueron los siguientes: El artículo 2 del Reglamento n° 26 del Consejo, de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (12), modificado por el Reglamento n° 49 (13), establece que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado será inaplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas relativos a la producción o al comercio de productos agrícolas que formen parte integrante de una organización nacional de mercados o que sean necesarios para la realización de los objetivos de la política agrícola común enunciados en el artículo 39 del Tratado. Las semillas figuran en el anexo II del Tratado, por lo que son, pues, productos agrícolas. Por consiguiente, conviene examinar si las dos excepciones previstas en la primera frase del artículo 2 del Reglamento n° 26 son aplicables a los acuerdos notificados. En primer lugar, ha de recordarse que los acuerdos notificados no forman parte integrante de una organización nacional de mercado de las semillas. En efecto, ni en Francia, ni en ningún otro Estado miembro, existen tales organizaciones nacionales, dado que este sector se rige por las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 2358/71 del Consejo, de 26 de octubre de 1971, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de las semillas, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 192/98. A continuación, se ha de examinar si los acuerdos notificados son necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado. A este respecto, conviene subrayar que, al tratarse de una excepción a la norma de aplicación general del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, dicha excepción ha de interpretarse de modo restrictivo. Por otra parte, según jurisprudencia reiterada del Tribunal, la excepción de que se trata sólo se aplica si un acuerdo favorece la realización de todos los objetivos del artículo 39 del Tratado. Por último, se debe considerar que los acuerdos que no

figuran entre los medios previstos por el Reglamento constitutivo de la organización común para la realización de los objetivos establecidos en el artículo 39 del Tratado no son necesarios a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento nº 26. Ahora bien, la organización común de mercados en el sector de las semillas no prevé la celebración de acuerdos de licencia. Por consiguiente, resulta que la excepción del artículo 2 del Reglamento nº 26 debe descartarse en el caso considerado y, por lo tanto, es de aplicación el apartado 1 del artículo 85 del Tratado”.

La doctrina hasta aquí expuesta, por lo demás, ha llevado a diversos autores a trazar claras conclusiones en punto a la aplicabilidad de la segunda excepción contemplada por el artículo 2 del Reglamento 26 en sectores sometidos a una organización común de mercado. Así, se sostiene –a modo de conclusión- que no será posible afirmar que un acuerdo es necesario para alcanzar los objetivos previstos en el artículo 33 del TCE cuando las normas reguladoras de la OCM no contemplen expresa o implícitamente aquel acuerdo como uno de los mecanismos necesarios para alcanzar dichos objetivos⁶.

4.- Acuerdos de agricultores o de asociaciones de agricultores 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

Según el art. 2 del Reglamento 26, la prohibición de los acuerdos y prácticas concertadas que recoge el artículo 81 TCE tampoco resulta de aplicación a “los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de éstos o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro, en la medida en que, sin llevar

⁶ BELLAMY / CHILD, *op. cit.*, pág. 1205.

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 39 del Tratado son puestos en peligro”.

En relación con el contenido de este precepto, se ha planteado un significativo debate tendente a determinar si en el mismo se recoge una excepción con valor autónomo o, por el contrario, se recoge un simple ejemplo de las dos excepciones que contempla el mismo artículo 2, y que ya han sido analizadas con anterioridad. En favor de esta última interpretación podría argumentarse el propio tenor literal del precepto. En efecto, las palabras “en particular”, con las que se inicia este último inciso, parecen dar a entender que se está formulando un simple ejemplo de las excepciones contempladas con anterioridad. Sin embargo, esta interpretación literal contradice una interpretación histórica y lógica de la excepción que nos ocupa. Y ha sido esta interpretación histórica y lógica la que ha llevado al Tribunal de Justicia a afirmar que, en realidad, el último inciso del artículo 2.1 del Reglamento número 26 contempla una excepción autónoma. Resulta muy significativa, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1995 (Dijkstra), en la que se afirma lo siguiente: “A este respecto, procede señalar que, para interpretar la segunda frase del apartado 1 del artículo 2, procede tener en cuenta su génesis, así como la exposición de motivos del Reglamento nº 26. En primer lugar, se deduce de la génesis del mencionado Reglamento que, al añadir a petición del Parlamento Europeo esta segunda frase, que no figuraba en la propuesta original de Reglamento de la Comisión, el legislador quiso establecer una excepción en favor de los acuerdos, decisiones y prácticas de los agricultores que cumplan los requisitos indicados en ella, a menos que la Comisión compruebe que el acuerdo, decisión o práctica excluye la competencia o pone en peligro los objetivos del artículo 39 del Tratado. Esta

voluntad de proteger las cooperativas agrícolas se deduce también de la exposición de motivos del Reglamento nº 26, y en particular de su cuarto considerando, que indica expresamente que conviene prestar particular atención a la situación de las asociaciones de agricultores. Interpretar la segunda frase en el sentido de que carece de alcance autónomo iría precisamente en contra de la voluntad del legislador, en la medida en que supondría exigir unos requisitos más rigurosos a los acuerdos que deberían disfrutar de un régimen más flexible, puesto que estarían obligados a cumplir tanto los requisitos formulados en la primera frase como los formulados en la segunda. Además, difícilmente podría la Comisión comprobar que un acuerdo pone en peligro la realización de los objetivos del artículo 39 del Tratado si, en virtud de la excepción prevista en la primera frase, ya ha quedado sentado que dicho acuerdo o decisión es necesario para la realización de tales objetivos”.

Por lo demás, y como se desprende del propio tenor literal del último inciso del artículo 2.1 del Reglamento número 26, la aplicación de esta última excepción está sometida a unos claros presupuestos subjetivos y objetivos. Así, en relación con los primeros el art. 2 antes transcrito es claro al señalar que sólo pueden acogerse a esta excepción los acuerdos concluidos entre agricultores o entre asociaciones de éstos. Por consiguiente, se excluyen del ámbito de aplicación de la excepción los acuerdos o prácticas en los que participen, además de los agricultores o sus asociaciones, otros operadores económicos como los comerciantes [Decisión de la Comisión de 2 de diciembre de 1977, Coliflor, DOCE L 31, 1978].

En relación con los presupuestos objetivos, sólo pueden acogerse a esta ulterior excepción aquellos acuerdos 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.

Por último, y aún cuando se cumplan los presupuestos hasta aquí mencionados, la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 2 del Reglamento número 26 queda excluida cuando el acuerdo objeto de análisis suponga la fijación de precios, excluya la competencia o ponga en peligro los objetivos de la política agraria común (PAC), tal y como éstos son definidos en el artículo 33 TCE.

5.- La aplicación del artículo 2 del Reglamento número 26.

En relación con la aplicación de las excepciones que contempla el artículo 2 del Reglamento número 26, el propio párrafo segundo de aquel precepto establece lo siguiente: “Tras haber consultado a los Estados miembros y oído a las empresas o asociaciones de empresas interesadas, así como a toda otra persona física o jurídica cuya audiencia considere necesaria, la Comisión, sin perjuicio del control del Tribunal de Justicia, tendrá competencia exclusiva para declarar, mediante una decisión que será publicada, qué acuerdos, decisiones y prácticas cumplen las condiciones previstas en el apartado 1. La Comisión procederá a efectuar esta declaración bien de oficio, bien a instancia de una autoridad competente de un Estado miembro o de una empresa o asociación de empresas interesada”.

Así pues, es el propio Reglamento número 26 el que atribuye a la Comisión la competencia exclusiva para declarar la aplicabilidad a un concreto acuerdo o práctica de alguna de las excepciones contempladas por el artículo 2.1. No obstante, esta competencia exclusiva de la Comisión, como es obvio, puede entrar en colisión con las facultades que ostentan los tribunales y autoridades nacionales para la aplicación del artículo 81 TCE. De ahí que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se haya visto obligado a formular las reglas conforme a las cuales han de compatibilizarse las competencias de los tribunales y autoridades nacionales para la

aplicación del artículo 81 TCE y las competencias de la Comisión para la aplicación de las excepciones contempladas en el artículo 2 del Reglamento número 26. Estas reglas se condensan en la importante sentencia del alto tribunal comunitario de 12 de diciembre de 1995 (Dijkstra), y son las siguientes: “Por lo que respecta al reparto de competencias entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento nº 26, procede comenzar subrayando que, en virtud de los apartados 2 y 3 de dicho artículo, la Comisión, sin perjuicio del control de Tribunal de Justicia, tiene competencia exclusiva para declarar que un acuerdo cumple los requisitos previstos en el apartado 1. En cambio, la Comisión no dispone de competencia exclusiva para la aplicación del apartado 1 del artículo 85. Como ya indicó el Tribunal de Justicia en su sentencia de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935), apartado 45, a este respecto la Comisión comparte con los órganos jurisdiccionales nacionales su competencia para aplicar dicha disposición. Como el Tribunal de Justicia precisó en efecto en su sentencia de 30 de enero de 1974, BRT (127/73, Rec. p. 51), el apartado 1 del artículo 85 produce efectos directos en las relaciones entre particulares y crea directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar. A continuación, es preciso examinar las consecuencias de dicho reparto de funciones para la aplicación concreta de las normas comunitarias sobre la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, a la luz de los principios que sentó el Tribunal de Justicia en la sentencia Delimitis, antes citada. A este respecto, procede tener en cuenta que los órganos jurisdiccionales nacionales ante los cuales se alegara que un acuerdo entre agricultores o asociaciones de agricultores está amparado por la excepción específica prevista por el Reglamento nº 26 podrían verse impulsados a adoptar decisiones contradictorias con las que la Comisión haya adoptado o proyecte adoptar en aplicación de la segunda frase del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento nº 26 o, en su caso, de los apartados 1 y 3 del artículo 85. Sin embargo, tales decisiones contradictorias vulnerarían el principio general de

seguridad jurídica, por lo que los órganos jurisdiccionales nacionales deben evitarlas al pronunciarse sobre acuerdos o prácticas que pueden todavía ser objeto de una Decisión de la Comisión. A fin de conciliar la necesidad de evitar decisiones contradictorias con la obligación del Juez nacional de pronunciarse sobre las pretensiones de la parte litigante que invoca la nulidad de pleno derecho de un acuerdo, el Juez nacional, al aplicar el artículo 85, puede tener en cuenta las consideraciones que siguen. Si resulta evidente que no se cumplen los requisitos para la aplicación del apartado 1 del artículo 85, el Juez nacional puede continuar la tramitación del procedimiento a fin de pronunciarse sobre el acuerdo controvertido. Si, por el contrario, el Juez nacional considera que el acuerdo cumple los requisitos para la aplicación del apartado 1 del artículo 85, debe comprobar si se trata, como indica la segunda frase del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento nº 26, de un acuerdo de agricultores, de asociaciones de éstos o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro que, sin llevar consigo la obligación de aplicar un precio determinado, afecte 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. Si el Juez nacional comprueba que el acuerdo cumple dichos requisitos y que, habida cuenta de los criterios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la práctica de la Comisión, la cual, por otra parte, no se deduce sólo de las Decisiones adoptadas por esta última sino también, en particular, de sus Informes sobre la política de competencia y de sus comunicaciones, resulta evidente que excluye la competencia o pone en peligro los objetivos del artículo 39, dicho Juez puede declarar la nulidad del artículo en virtud del apartado 2 del artículo 85 del Tratado, si el mencionado acuerdo no puede en ningún caso ser objeto de una decisión de exención basada en el apartado 3 del artículo 85. A este respecto, procede recordar que tal decisión sólo puede recaer sobre un acuerdo que haya sido notificado o que esté dispensado de la obligación de notificación. Un acuerdo está dispensado de la obligación de notificación, en virtud del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 17,

cuando únicamente participen en él empresas de un solo Estado miembro y dicho acuerdo no afecte a las importaciones ni a las exportaciones entre Estados miembros. Los estatutos de cooperativas lecheras pueden cumplir estos requisitos. Si el Juez nacional considera, en cambio, que la excepción mencionada en la segunda frase del apartado 1 del artículo 2 podría aplicarse al acuerdo controvertido, puede decidir suspender el procedimiento, bien para permitir a las partes interesadas solicitar a la Comisión una Decisión en virtud del apartado 3 de dicho artículo, bien para obtener por sí mismo informaciones sobre el estado del procedimiento que dicha Institución pudiera haber incoado y sobre la probabilidad de que esta última se pronuncie oficialmente sobre el acuerdo controvertido, o bien, por último, para obtener los datos económicos y jurídicos que dicha Institución podría suministrarle. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional nacional puede suspender el procedimiento para someter al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 177 del Tratado. Procede, por tanto, responder a la tercera cuestión que cuando se invoque ante un órgano jurisdiccional nacional la nulidad de una cláusula de los estatutos de una cooperativa agrícola por infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, y la cooperativa invoque por su parte el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento nº 26, el órgano jurisdiccional nacional puede continuar la tramitación del procedimiento y pronunciarse sobre el litigio de que está conociendo en los casos en que resulte evidente que no se cumplen los requisitos para la aplicación del apartado 1 del artículo 85, o bien declarar la nulidad de la cláusula controvertida en virtud del apartado 2 del artículo 85, si ha llegado al convencimiento de que dicha cláusula no cumple los requisitos necesarios para que se le aplique la excepción prevista en el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento nº 26 ni una exención basada en el apartado 3 del artículo 85. En caso de duda, el órgano jurisdiccional nacional podrá, si lo considera oportuno y conforme con las disposiciones procesales nacionales, obtener informaciones adicionales de la Comisión u ofrecer a las partes la posibilidad de solicitar a la Comisión que se pronuncie”.

III.- ACUERDOS QUE NO AFECTEN AL MERCADO INTRACOMUNITARIO

Tal y como acabamos de analizar, el artículo 2 del Reglamento número 26 consagra tres excepciones a la prohibición de los acuerdos y prácticas concertadas que se recoge en el artículo 81 TCE. Por consiguiente, el Reglamento número 26 (y las excepciones que en él se contemplan) resultan, en principio, aplicables a los acuerdos que afecten al comercio intracomunitario, pues es éste precisamente el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE. Así se desprende de su tenor literal, conforme al cual, *“serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas (...) que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros”*.

Por su parte, los acuerdos y prácticas colusorias que carezcan de efectos intracomunitarios se ven afectados únicamente por la prohibición recogida en el artículo 1 de la Ley española de Defensa de la Competencia. Ahora bien, el sometimiento al Derecho español de un acuerdo entre agricultores no impide –a nuestro juicio- la aplicación del Reglamento 26 como consecuencia del principio de coherencia que debe regir las relaciones entre las legislaciones de competencia nacional y comunitaria.

En efecto, la necesidad de coherencia en el plano nacional y comunitario ha sido reconocida en el Reglamento 1/2003 de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado en el que se afirma que las autoridades de los Estados miembros no pueden prohibir en virtud de sus legislaciones respectivas, los prácticas colusoria que resulten autorizables a tenor del Derecho comunitario. En concreto, dispone su artículo 3 que *“la aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas (...) que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81”*.

En decir, no se puede prohibir conforme al Derecho nacional una práctica colusoria que está permitida por el Derecho comunitario.

En esta línea, el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, sobre exenciones por categorías y autorizaciones singulares utiliza una técnica de *remisión dinámica* que permite aplicar directamente en España los reglamentos de exención comunitarios según la redacción que tengan en cada momento, evitando los problemas que tradicionalmente originaba la existencia de actualizaciones de los reglamentos de exención comunitarios sin la correlativa plasmación en un Decreto en nuestro país. Tal y como señala en su Exposición de Motivos, la finalidad del Real Decreto es garantizar “*la necesaria coherencia económica y jurídica entre la normativa comunitaria y nacional en materia de exenciones por categorías*”.

En contra de esta línea de opinión partidaria de aplicar el Reglamento 26 a los pactos entre agricultores sometidos a la legislación *antitrust* española, podría argumentarse una interpretación literal del Real Decreto 378/2003, el cual no incluye el Reglamento 26 en la relación de reglamentos de exención a los que afecta la remisión dinámica. No obstante, entendemos que el imperativo de coherencia recogido en el Reglamento 1/2003 y la finalidad del Real Decreto 378/2003 permiten concluir que la exención de los acuerdos en la agricultura debe estar sometida a las mismas reglas con independencia de cuál sea la legislación –nacional o comunitaria- aplicable a un determinado asunto.

Capítulo Tercero:
La defensa de la competencia en el sector
lácteo

I. ANTECEDENTES

1.- Importancia del sector lácteo

La producción láctea es la principal actividad agrícola en la Unión Europea. El sector de la leche comunitario representa alrededor de un 14% del valor total de la producción agraria: unos 38.000 millones de euros corresponden a la producción y unos 8.000 millones de euros a la transformación. En términos absolutos, se estima que hay en la Unión Europea 1,7 millones de explotaciones de cría de bovinos que se reservan para ganado lechero y que el sector de la leche, incluidas las industrias de transformación, da empleo a 2 millones de personas⁷.

La producción de leche de vaca alcanzó en la Unión Europea los 120,5 millones de toneladas en 1998. Esta cifra es muy elevada si se compara con los 72 millones correspondientes, por ejemplo, a los Estados Unidos. La mayor parte de dicha producción (un 75%) tuvo lugar en cinco Estados miembros (Alemania, Francia, el Reino Unido, los Países Bajos e Italia). El porcentaje de leche comunitaria utilizada en los distintos tipos de productos se reparte así: leche de consumo: 29 millones de toneladas; queso: 6,7 millones; mantequilla: 1,8 millones; leche desnatada en polvo: 1,1 millones; y leche entera en polvo: 0,9 millones⁸.

⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 14 de mayo de 2003 sobre las "Propuesta de Reglamento del Consejo que modifica el Reglamento (CE) nº 1255/1999 por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos" 2003/0011(CNS) y la "Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una tasa en el sector de la leche y de los productos lácteos" 2003/0012 (CNS), COM (2003) 23 final.

⁸ Vid. el documento *Reforma de la PAC: leche y productos lácteos* elaborado por la Comisión Europea disponible en http://europa.eu.int/comm/agriculture/capreform/index_es.htm.

En España, la industria láctea representa el 11% de la actividad agrícola, con un volumen de negocios de 6.300 millones de euros en el año 2000. El número de personas ocupadas por el sector asciende 27.000 y se dedican a la producción de leche algo más de un millón de cabezas de ganado vacuno con una producción anual de 6 millones de toneladas⁹. En la última década se ha reducido sustancialmente el número de cabezas dedicadas a la producción de leche pero, sin embargo, ha aumentado la producción global del sector como consecuencia de las mejoras de eficiencia introducidas por las políticas de reestructuración emprendidas tras el ingreso en la UE. En el siguiente gráfico se observa la evolución experimentada por las explotaciones ganaderas en nuestro país.

EVOLUCIÓN DE PRODUCCIONES GANADERAS EN ESPAÑA (1970-2001)

	Unidades	Período de referencia	1970	1987	2001
Efectivos ganaderos: Vacas ordeño (1)	Miles animales	Diciembre	1.827	1.793	1.182
Producciones : Leche de vaca	Millones de litros	Año	4.522	5.831	6.330

Fuente: *Hechos y cifras agricultura española* (2004), MAPA.

(1) Hembras mayores de 24 meses que han parido por lo menos una vez.

El peso relativo del sector lácteo español en el seno de la Unión Europea es significativo dado que España es el sexto productor de leche del mercado común¹⁰. No obstante lo anterior, la importancia relativa de los

⁹ Vid. las estadísticas elaboradas por L. ALBISU y A. GRACIA a partir de los datos facilitados por el MAPA ("La industria agroalimentaria española ante la ampliación de la UE", *Economía Industrial* n.º. 344, 2002, pág. 101).

¹⁰ Vid. *Hechos y Cifras de la Agricultura, la Pesca y la Alimentación en España* (2004), publicado por el MAPA, pág. 46.

productos lácteos es menor que el de otros sectores ganaderos; en efecto, España ocupa el segundo lugar en efectivos de porcino (después de Alemania), de ovino (después del Reino Unido) y de caprino (después de Grecia), mientras que en el bovino únicamente ocupa el sexto lugar. En concreto, el siguiente gráfico muestra el peso relativo del sector bovino español en el seno de la UE tanto por número de efectivos, como por la producción obtenida.

EFFECTIVOS Y PRODUCCIONES GANADERAS EN UE. PARTICIPACIÓN DE ESPAÑA (2001)

	Unidades	Unión Europea	España	% de España producciones en UE-15
Efectivos: Bovinos (1)	Miles animales	77.358	6.411	8,29
Producciones : Leche de vaca (2)	Miles de toneladas	114.885	6.146	5,35

Fuente: *Hechos y cifras agricultura española* (2004), MAPA.

(1) Vacuno carne y leche.

(2) Recogida por la industria.

Las características climáticas, razones históricas y de orden demográfico y económico, determinan una distribución muy diversificada de la actividad ganadera en España. En las Comunidades Autónomas de la Cornisa Cantábrica (Galicia, Asturias, Cantabria y País Vasco) se asienta más de un tercio del vacuno lechero nacional; en estas Comunidades Autónomas el peso relativo de esta orientación productiva es muy elevado¹¹.

¹¹ *Vid. Hechos y Cifras de la Agricultura, la Pesca y la Alimentación en España* (2004), publicado por el MAPA, pág. 46.

2.- Origen de la controversia: iniciativas para acordar un precio mínimo de la leche en el origen

En los últimos tiempos los medios de comunicación han venido reflejando la inquietud existente entre los ganaderos españoles por el bajo precio en origen alcanzado por los productos lácteos y la necesidad de alcanzar un acuerdo con las empresas transformadoras que permita fijar un precio justo. La pretensión de los ganaderos –en ocasiones acompañada con la amenaza de una huelga del sector productor- no parece haber concluido con ningún acuerdo en firme, principalmente por la reticencia de las transformadoras que se niegan a subir el precio al que adquieren la leche.

Las actuales presiones para evitar esta caída del precio tienen que ver con la coyuntura general de bajos precios de los productos lácteos en Europa y con la presión que ejerce la gran distribución comercial al utilizar la leche como producto reclamo para captar clientela. Además, los ganaderos españoles invocan la necesidad del acuerdo inspirándose en el modelo seguido en Francia, país en el que productores y transformadores alcanzaron un pacto sobre precios en 1997 en el seno de la interprofesional del sector¹². No obstante, debe señalarse que la última renovación de este pacto ha sido objeto de una gran controversia en el país vecino y sólo ha sido posible tras obtener los transformadores una sustancial rebaja en el

¹² El *Centre National Interprofessionnel de l'Économie Laitière* (CNIEL), formado por representantes de la industria y de los productores, fue creado en la década de los setenta para promover el desarrollo del mercado lácteo francés. La interprofesional desempeñó en el pasado una intensa labor para asegurar un precio mínimo de garantía de los productos lácteos si bien, como señala M. POSASA (“Las interprofesionales agroalimentarias”, *Agroalimentaria*, núm. 15, 1997, pág. 17), los precios mínimos eran únicamente indicativos, aunque había cierta “obligación moral de respetarlo”. En general, sobre las funciones del CNIEL, *vid.* el trabajo publicado en nuestro país por M. L. LORVELLEC “Organización y contratos interprofesionales en materia de lácteos en Francia”, Actas del Congreso Internacional de Derecho Agrario celebrado en Oviedo en 1991.

precio recomendado de la leche en el origen¹³. Además, el pacto sobre precios ha sido objeto de críticas en un informe del Ministerio de agricultura galo por considerar que ha sido un obstáculo para emprender las necesarias reformas en el mercado ganadero¹⁴.

Volviendo a nuestro país, las negociaciones para alcanzar un precio de la leche se han canalizado a través de la interprofesional del sector, (Organización Interprofesional Láctea, INLAC), que agrupa al 100% de las empresas transformadoras y productoras. En Galicia, los debates sobre el precio de la leche han tenido lugar en el marco de la denominada *mesa do leite* que trata de incentivar la adopción de acuerdos entre empresas transformadoras y productoras en beneficio del sector.

La finalidad de la tercera parte de este Estudio es analizar la compatibilidad con las normas de defensa de la competencia de un hipotético acuerdo entre productores y transformadores sobre el precio de la leche en origen. Para ello repasaremos las resoluciones adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el sector y nos serviremos de las orientaciones que nos facilitan los precedentes comunitarios respecto de otros sectores agrarios.

¹³ Vid. *Les Echos*, viernes 27 y sábado 28 de enero de 2006, pág. 19.

¹⁴ Vid. *Informe sobre el sector lácteo francés*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Asuntos Sociales, París, 6 de febrero de 2004 (traducido por la Confederación de Cooperativas Agrarias de España y por INLAC en junio de 2004).

II. MARCO NORMATIVO DEL SECTOR LÁCTEO

1.- La Política Agraria Común en el sector lácteo

Al igual que sucede en otros mercados agrícolas, en el sector lácteo existe una Organización Común de Mercado (OCM) creada en 1968 con el fin de velar por los intereses del sector. La regulación actual se encuentra en el *Reglamento (CE) n.º. 1255/1999 del Consejo de 17 de mayo de 1999 por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos*¹⁵, en el que se contemplan distintas medidas para ordenar el mercado como son el mecanismo de la intervención, las ayudas a la comercialización de determinados productos y las ayudas a la exportación. Otro rasgo tradicionalmente característico del sector es la denominada cuota o tasa láctea que grava a los productores que exceden de los máximos de producción fijados por Bruselas.

La OCM de la leche se ha visto afectada por la reforma de la Política Agrícola Común (PAC) aprobada en junio de 2003¹⁶, que presenta como principales novedades la disociación de las ayudas directas a los productores (la separación entre ayudas y producción)¹⁷ y la introducción del Régimen de Pago Único (RPU)¹⁸. En lo que atañe al sector lácteo, las ayudas directas se han concretado en una única ayuda por explotación denominada prima láctea que deberá hacerse efectiva en los Estados

¹⁵ DOUE n.º. L 160 de 26/06/1999, págs. 48 y ss.

¹⁶ La Reforma de la PAC fue aprobada políticamente en el Consejo de 26 de junio de 2003 y formalmente en el Consejo de 29 de septiembre.

¹⁷ La PAC se fundamentaba en una serie de ayudas directas vinculadas a la superficie, a la producción o al número de cabezas de ganado. Con la disociación, las ayudas serán concedidas a los productores con independencia total del tipo de producción de que se trate

¹⁸ Anteriormente, las distintas ayudas percibidas por los agricultores se percibían de manera separada. El propósito perseguido por el Régimen de Pago Único es simplificar los pagos a los agricultores.

miembros mediante el régimen pago único a más tardar antes del año 2007¹⁹.

En los apartados siguientes examinaremos los distintos instrumentos que tienen los poderes públicos para intervenir en el sector lácteo.

1.1.- Medidas de apoyo al mercado: el régimen de intervención

El régimen de intervención permite a las autoridades de los Estados miembros comprar mantequilla y leche desnatada en polvo a un precio tasado –**precio de intervención**– con el fin de evitar las caídas de precios en el sector. La adquisición de derivados de la leche por parte de las autoridades públicas a un precio establecido en la normativa comunitaria, contribuye a estabilizar los precios en caso de que la demanda del producto principal –la leche– resulte insuficiente.

La reforma de la PAC ha previsto, no obstante, una reducción gradual de los precios de intervención, con el fin de provocar una reducción paulatina del precio de la leche que permita al sector lácteo europeo ser más competitivo a escala mundial²⁰. El objetivo que se persigue es convertir la

¹⁹ El nuevo régimen de pago único en el que se integran la mayor parte de las ayudas directas de la PAC se encuentra, en lo que se refiere al sector lácteo, en dos textos: en el Reglamento (CE) n.º 1782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y por el que se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican determinados reglamentos; y en el Reglamento (CE) n.º 1788/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establece una tasa en el sector de la leche y de los productos lácteos.

²⁰ En relación con la *mantequilla*, la Comisión pueden intervenir cuando su precio alcanza en uno o varios Estados miembros un nivel inferior al 92% del precio de intervención durante un período representativo. En estos casos, las autoridades comunitarias pueden comprar el producto a un precio fijado que no puede ser inferior al 90% del precio de intervención mediante licitación en el Estado o Estados miembros afectados. En el caso de la *leche desnatada en polvo*, es el organismo de intervención designado por

intervención pública en una medida excepcional que debe aplicarse sólo como último recurso.

El régimen de intervención contempla asimismo las **ayudas al almacenamiento privado** de determinados productos lácteos cuando la evolución de los precios y las existencias pone de manifiesto un grave desequilibrio del mercado que pueda reducirse mediante un almacenamiento temporal²¹.

1.2- Eliminación del precio indicativo

El precio indicativo de la leche se introdujo originalmente como un patrón respecto del cual los agricultores podían calibrar su rendimiento comparando éste con el precio de su leche. Los precios de intervención se calculaban originalmente a partir del precio indicativo, a un nivel que garantizara que los precios de la leche para los ganaderos se mantendrían en un nivel razonable. No obstante, el precio indicativo fue suprimido el 1 de julio de 2004 en el ámbito de la reforma de la PAC que persigue, como acabamos de señalar, una reducción paulatina de la intervención²².

cada Estado miembro quien la compra a precio de intervención, que es aquel vigente el día de la fabricación del producto (entregado al almacén fijado por el organismo).

²¹ El importe de la ayuda al almacenamiento privado se fija en función de los gastos de almacenamiento y de la evolución previsible de los precios de mercado. La Comisión puede decidir volver a comercializar todos o parte de los productos almacenados cuando las circunstancias del mercado lo permitan. Los productos susceptibles de ser objeto de estas ayudas son, bajo determinadas condiciones, la *mantequilla*, la *nata*, la *leche en polvo* y *determinados quesos* (Grana Padano, Parmigiano Reggiano, Provolone, quesos conservables y quesos que se produzcan a partir de leche de oveja o de cabra).

²² La supresión del precio indicativo obligó asimismo a modificar la regulación de la cuota láctea y de las subvenciones para la leche distribuida en las escuelas, pues en ambos casos calculaban determinadas variables en función del precio indicativo.

1.3.- Pagos directos a los ganaderos: la prima láctea

Con el fin de atenuar las consecuencias de la reducción de los precios de intervención, desde 2004 a 2007 la Unión Europea introdujo unos pagos a los productores de leche que son abonados por año civil y por explotación. Estas ayudas supusieron para el sector una gran novedad, pues hasta entonces los productores de leche de vaca no recibían ayudas comunitarias directas como sucedía con otros sectores agrícolas. Los pagos constan de dos elementos: la prima láctea pagada a todos los productores de leche; y los pagos adicionales concedidos a los productores de leche en función de criterios definidos por los Estados miembros. Los importes totales disponibles para las primas lácteas directas en un año determinado se basan en la cuota alcanzada a finales del año anterior.

Por una parte, la **prima láctea** se concede por año natural, por explotación y en función de los kilogramos de cuota disponible con derecho a prima en el período de referencia. El rasgo más significativo de la nueva prima es que está *desacoplada* o desvinculada de la producción de leche que realice el ganadero, el cuál puede decidir producir o no la leche asignada sin que por ello pierda su derecho a cobrar la prima. La finalidad de la ayuda desacoplada es, pues, compensar la renta de los agricultores para que éstos produzcan exclusivamente en función de las alternativas del mercado²³. El importe de la prima láctea se calcula sobre la base de la *mochila histórica*, es decir, sobre el conjunto de ayudas percibidas por el agricultor dentro del período de referencia²⁴.

²³ El desacoplamiento total de las ayudas de las decisiones de producción, conlleva un riesgo de abandono y deslocalización de la actividad agraria, particularmente en las regiones menos productivas. Así lo ha reconocido la Comisión Europea y para prevenir este riesgo, los Estados Miembros pueden optar por conservar una vinculación limitada entre las ayudas y la producción dentro de unos límites bien definidos. No obstante, el sector lácteo ha quedado excluido de las ayudas acopladas.

²⁴ Los pagos directos tratan de compensar a los agricultores por la reducción de renta que les supone la reducción del mecanismo de la intervención, de ahí que su importe

Por otra parte, los Estados miembros pueden conceder **pagos adicionales** para compensar las injusticias a que pudiera dar lugar el sistema de prima láctea como consecuencia de las desigualdades existentes entre los productores de los distintos Estados miembros. Los pagos adicionales comprenden: a) los complementos de prima, que sólo podrán concederse a los productos lácteos como importes complementarios del importe de la prima por tonelada; y b) los pagos por superficie, que se concederán por hectárea de pastos permanentes. En todo caso, los pagos adicionales que concede cada Estado miembro no pueden exceder una cuantía máxima proporcional a su participación en la producción láctea comunitaria.

1.4.- Incorporación de la prima láctea al régimen de pago único

Los Estados miembros deberán incorporar la prima láctea al régimen de pago único como muy tarde en el año 2007²⁵. El importe del pago único se calcula a partir de la ayuda directa anual media que recibió el ganadero en 2000, 2001 y 2002. La cantidad de referencia para los productores de leche será la cuota alcanzada el 31 de marzo del año civil en el que el régimen de pago único se introdujo, multiplicado por la prima láctea²⁶.

se haya calculado en función del nivel de actividad que tenían en el período de referencia (mochila histórica). Sin embargo, desde numerosos ámbitos se pone de relieve que, con el tiempo, esa relación entre actividad y ayuda se irá desdibujando –porque puede ser que el productor haya dejado de producir- y cada vez será más difícil entender la función de las ayudas.

²⁵ A partir de esta fecha, no habrá ninguna opción para seguir combinando el régimen de pago único y los pagos parcialmente disociados para los productos lácteos, al contrario de lo que ocurre en otros sectores.

²⁶ El nuevo régimen de pago único en el que se integran la mayor parte de las ayudas directas de la PAC se encuentra, en lo que se refiere al sector lácteo, en dos textos: en el Reglamento (CE) n.º 1782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el

Los pagos totales que realice cada Estado miembro en virtud del régimen de pago único no podrán superar una dotación financiera máxima – denominada *límite máximo nacional*-. Un Estado miembro puede retener hasta el 10 % del componente del límite máximo nacional aportado por un sector determinado, para redistribuirlo en el mismo sector en determinadas condiciones.

1.5- Ayudas para la comercialización de determinados productos lácteos

Las ayudas a la comercialización de determinados productos lácteos –por ejemplo, los adquiridos por organismos sin ánimo de lucro- representan un mecanismo de ordenación del mercado complementario destinado a favorecer una gestión equilibrada del mismo y la estabilización de los precios²⁷. El importe de las ayudas se fija en función de una serie de factores, tales como el precio de intervención de la leche desnatada en polvo, la evolución del abastecimiento de leche desnatada y leche desnatada en polvo, el precio de los terneros o el precio de mercado de las proteínas que compiten con la leche desnatada en polvo.

marco de la política agrícola común y por el que se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican determinados reglamentos; y en el Reglamento (CE) n.º 1788/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establece una tasa en el sector de la leche y de los productos lácteos.

²⁷ En concreto, pueden optar a estas ayudas: 1) la leche desnatada y la leche desnatada en polvo utilizadas para la alimentación animal; 2) organismos, instituciones y colectivos sin fines lucrativos nata, mantequilla y mantequilla concentrada por parte de organismos, instituciones y colectivos sin fines lucrativos; 3) La venta de determinados productos lácteos a las fuerzas armadas; y 4) los fabricantes de productos de pastelería y helados, con el fin de liquidar excedentes de mantequilla.

1.6.- La cuota láctea

La denominada cuota láctea es un mecanismo para regular la productividad del sector, fijando cupos de producción para cada Estado miembro. La tasa atribuida a cada país se distribuye individualmente entre los ganaderos. La superación de la cantidad de referencia individual resulta penalizada con una tasa comunitaria a cargo de los productores que grava las cantidades comercializadas que sobrepasan la cuota²⁸.

A pesar de que la cuota láctea centró buena parte de las discusiones²⁹, finalmente la reforma de la PAC se ha decantado por mantener el actual sistema de cuotas hasta el 31 de marzo de 2015³⁰. Para garantizar el funcionamiento correcto del sistema de cuotas lecheras, se han introducido algunos elementos de flexibilidad en su aplicación por los Estados miembros. Se ha reforzado la disciplina financiera obligando a los Estados miembros a pagar la tasa suplementaria incluso antes de haber recaudado todas las contribuciones de los agricultores individuales.

²⁸ Vid. el Reglamento 3950/92 que derogó los Reglamentos nº. 856/84 y nº. 857/84 que establecieron la cuota láctea. El Reglamento 3950/92 fue modificado parcialmente por el Reglamento 1256/1999 que regula la OMC del sector lácteo.

²⁹ Vid. el documento de trabajo titulado *Informe sobre las cuotas lecheras* elaborado la Comisión en febrero de 2002 con el fin de servir de punto de partida para la reforma de la cuota láctea, SCE (2002) 789 COM, disponible en http://europa.eu.int/comm/agriculture/capreform/index_es.htm.

³⁰ Resulta interesante recordar que la cuota láctea surgió en 1984 como un mecanismo para compensar el exceso de oferta que la política comunitaria había provocado en el sector lácteo. Tal y como señaló en su momento el legislador comunitario, resultaba necesario introducir algún programa para desincentivar la producción de leche en el mercado común pues el desfase de la oferta estaba obligando a los Estados miembros a incurrir en enormes gastos para comprar los excedentes (intervención) hasta el punto de poner en peligro la financiación de la PAC.

1.7- Las ayudas a la exportación

La Unión Europea subvenciona, asimismo, las exportaciones a terceros países mediante la concesión de un complemento sobre el precio de exportación³¹. El complemento se denomina *restitución* porque se “devuelve” a los exportadores para compensarles por el alto precio de la leche en Europa, el cual resulta en torno a un 25% superior al de otros grandes países exportadores como Nueva Zelanda o Australia³².

La regulación de la OCM de la leche ha actualizado el régimen de las restituciones para adoptarlo a los compromisos asumidos por la Unión Europea en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio. La Comisión asume la gestión de los contingentes arancelarios negociados en el seno de la OMC.

2.- La regulación española del sector lácteo

La regulación española del sector se ajusta a lo dispuesto en Reglamento comunitario 1255/1999 que estableció la OCM de los productos lácteos y a la nueva Política Agraria Común. En consonancia con las disposiciones comunitarias, la normativa española prevé una reducción paulatina de los mecanismos de intervención y la introducción del régimen de pagos directos a los ganaderos desvinculados de la producción. Asimismo, subsisten las disposiciones relativas a la cuota láctea.

En nuestro país la regulación de la prima láctea se encuentra en el Real Decreto 543/2004, de 13 de abril, por el que se regulan determinadas

³¹ Reglamento (CE) nº 888/2004 de la Comisión, de 29 de abril de 2004, por el que se fijan las restituciones a la exportación en el sector de la leche y los productos lácteos (DOUE nº. L 163 de 30.4.2004).

³² *Vid. Informe sobre las cuotas lecheras, ob. cit.*, apartado 2.3.4.

ayudas directas comunitarias al sector lácteo para los años 2004, 2005 y 2006³³. En virtud de esta disposición, el importe de la prima se fija en función de los kilogramos de cuota disponible por el productor y se añade un pago complementario bien de manera proporcional a la prima o atendiendo a algunas modalidades de explotación particulares, como es el caso de las explotaciones familiares, ecológicas, jóvenes o las que contribuyan a la fijación de la población.

Respecto del régimen de pago único, el Ministerio de Agricultura ha decidido comenzar a aplicarlo a partir del año en curso (2006). Ello implica que tanto esa prima como el pago complementario que se abone a partir de ahora estarán desvinculados de la producción efectiva que realice el ganadero y se calcularán según el importe correspondiente a la cuota láctea disponible por la explotación el 31 de marzo de 2006³⁴.

Finalmente, el mecanismo de la cuota láctea se regula en el Real Decreto 291/2004³⁵ y ha sido objeto de una profusa actividad reglamentaria cuyo último hito ha sido el Real Decreto 620/2005, de 27 de mayo, que reforma sustancialmente el régimen de cesión de cuota láctea entre los agricultores³⁶.

³³ Real Decreto 543/2004, de 13 de abril, por el que se regulan determinadas ayudas directas comunitarias al sector lácteo para los años 2004, 2005 y 2006, BOE nº. 90, de 14 de abril de 2004.

³⁴ Real Decreto 1617/2005, de 30 de diciembre, por el que se regula la concesión de derechos a los agricultores dentro del régimen de pago único y Real Decreto 1618/2005, de 30 de diciembre, sobre aplicación del régimen de pago único y otros regímenes de ayuda directa a la agricultura y a la ganadería; ambos publicados en el BOE nº. 313, de 31 de diciembre.

³⁵ Real Decreto 291/2004, de 20 de febrero, por el que se regula el régimen de la tasa láctea, BOE nº. 45, de 21 de febrero de 2004.

³⁶ Real Decreto 620/2005, de 27 de mayo, por el que se aprueba el Plan de reestructuración del sector productor lácteo, BOE nº. 127, de 28 de mayo.

En definitiva, nos encontramos con un mercado en libre concurrencia en el que los poderes públicos conservan diversos medios de intervenir en defensa del sector³⁷. Ahora bien, la reforma de la PAC camina hacia una menor intervención pública sobre la oferta y una mayor confianza en el libre mercado para fomentar la eficiencia del mercado, que se concreta en la reducción de los precios de intervención y en la introducción de las ayudas desacopladas de la producción.

³⁷ Debe recordarse, no obstante, que el sector lácteo español estuvo fuertemente regulado hasta la entrada de nuestro país en la Unión Europea. En efecto, hasta 1986 el Ministerio de Agricultura fijaba los precios mínimos por zona y estación (invierno/verano), así como las primas y descuentos a pagar a los ganaderos. Tras el ingreso en la UE, comenzó a aplicarse la reglamentación comunitaria y se produjo una parcial liberalización del sector. Así, el Real Decreto 551/1986 liberalizó la elaboración y comercialización de las leches pasteurizadas y concentradas y el Real Decreto 552/1986 suprimió el régimen de precios autorizados. Posteriormente, y durante un período transitorio, la Administración continuó interviniendo de manera más o menos indirecta en la organización del sector hasta el año 1990 en el que las empresas transformadoras de negaron a seguir participando en los acuerdos interprofesionales para la comercialización de los productos lácteos. Desde entonces, el Ministerio de Agricultura abandonó su política intervencionista.

III. ESTRUCTURA DEL MERCADO

Una vez destacada la importancia que tiene el sector lácteo para la economía nacional y, particularmente, en algunas Comunidades Autónomas como Galicia, a continuación expondremos los rasgos característicos del mercado lácteo. No obstante, debemos advertir de las dificultades que entraña esta tarea debido a la diversidad de fuentes existentes y a la falta de coincidencia de las mismas en numerosos aspectos³⁸. Por este motivo, tendremos en cuenta únicamente las características del mercado expresamente reconocidas por nuestras autoridades públicas, dedicando especial atención –como no podía ser de otra manera- a los pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la competencia.

1.- La demanda

La demanda de productos lácteos se caracteriza por un alto grado de concentración dado que las diez mayores empresas de la industria acaparan el 80% de las compras³⁹. Según la encuesta estructural del sector lácteo (MAPA, 2001) en España hay 103 empresas que transforman leche de consumo, de las cuales 12 cuentan con una producciones superiores al millón de toneladas, lo que supone más del 80% del mercado⁴⁰.

³⁸ Como reconoce A. LANGREO NAVARRO (“Análisis de las estrategias de la industria láctea en el marco de la cadena de producción”, en *El sector lácteo español: transformaciones recientes y retos futuros*, Seminario de la Asociación Española de Economía Agraria, Universidad de Santiago de Compostela, 2003) “cualquier análisis de la industria alimentaria, incluida la láctea, se encuentra con el problema de la inexistencia de fuentes de datos adecuadas”.

³⁹ Resol. TDC de 3 de junio de 1997, expte. 352/94, *Industrias Lácteas*, FD 7.5.

⁴⁰ Encuesta recogida por A. LANGREO NAVARRO, *op. cit.*, pág. 8.

En el mercado es igualmente significativo el distinto tamaño relativo de las empresas como consecuencia de la existencia de un número elevado de transformadoras que compran el 20 % restante de la producción⁴¹.

La demanda se caracteriza, asimismo, por localización cercana a los centros de producción ganadera, aunque dispersa en el territorio nacional, de ahí que pueda llegarse a afirmar que se da un relativo grado de monopsonio local.

Otros rasgos distintivo de la demanda de productos lácteos es la amplia variedad de productos finales que emplean la leche como materia prima y la existencia de demandas diferenciadas en cuanto a las características de la materia prima solicitada en términos de calidad, higiene, etc.

2.- La oferta

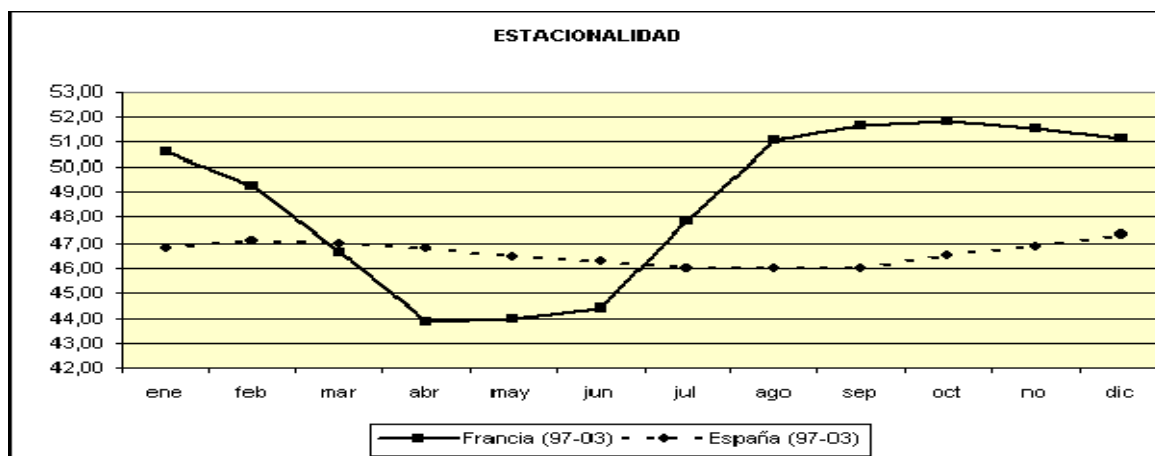
Desde el punto de vista de la oferta, el mercado de la leche se caracteriza por la existencia de un gran número de oferentes con distinta capacidad productiva.

Otro aspecto distintivo de la oferta de productos lácteos es la dispersión geográfica, que provoca que existan grandes diferencias en cuanto a la estructura de los costes entre los ganaderos.

Del mismo modo, la oferta de productos lácteos se encuentra diversificada en función de la calidad del producto.

⁴¹ Resol. TDC de 3 de junio de 1997, expte. 352/94, *Industrias Lácteas*, FD 7.5.

La oferta se caracteriza, asimismo, por la estacionalidad en la producción láctea. Los mayores niveles de producción se alcanzan durante los meses de invierno, mientras que los niveles más bajos se concentran en los meses de verano por la falta de lluvias. La estacionalidad tiene como consecuencia que en determinados períodos se pueden presentar *excedentes* ficticios, por una oferta mayor con relación a la cantidad demandada, lo que repercute en una baja en los precios pagados al productor. El siguiente gráfico muestra la estacionalidad de la producción láctea en España.



Fuente: Eurostat. Elaboración: FEPLAC

En conclusión, las características de la oferta láctea reseñadas permiten afirmar –como señala el propio Tribunal de Defensa de la Competencia- que los oferentes de productos lácteos se encuentran en una situación de dependencia estructural respecto de las empresas transformadoras⁴².

⁴² Resol. TDC de 3 de junio de 1997, expte. 352/94, *Industrias Lácteas*, FD 7.5.

3.- El precio

El precio de los productos lácteos está condicionado por el elevado grado de intervención de las Administraciones Públicas como consecuencia de las medidas previstas en el marco de la Política Agraria Común. Así, mecanismos tales como los precios de intervención o la cuota láctea contribuyen a elevar el precio de los productos lácteos⁴³.

A pesar del intervencionismo público, el precio las demás condiciones comerciales de las transacciones en el sector lácteo son libremente negociados por productores y transformadores. La negociación del precio de los productos lácteos se lleva a cabo mediante negociación directa entre ganadero e industrial, recogándose la leche, típicamente, en origen con medios de transporte proporcionados por el industrial. No hay un mercado donde se centralicen los intercambios, ni instituciones que asuman oficialmente la negociación colectiva.

La organización interprofesional del sector lácteo (INLAC) no interviene en la formación de los precios en el mercado. Su papel se circunscribe a mejorar la eficiencia en el funcionamiento del mercado, realizando actividades que refuerzan la transparencia del mercado y la adaptación de los productos agroalimentarios a las demandas del mercado. Es decir, la interprofesional se limita a facilitar información y transparencia respecto de los precios de la leche.

⁴³ Vid. *Estudio del sector lácteo* elaborado por el SDC en el curso del expte. 352/94, *Industrias Lácteas*, AH 20.

Los precios de la leche se han mantenido estables en España en los últimos años, si bien desde las asociaciones de ganaderos se pone de manifiesto que el precio es inferior al que se paga en otros Estados miembros de la UE.

	ESPAÑA		FRANCIA		Dif. Esp-Fra	UE-pond	Dif. Esp-UE
	€/100lt	pts/lt	€/100lt	pts/lt	pts/lt	€/100 lt	pts/lt
1997	27,10	45,10	28,36	47,2	-2,10	29,46	-3,92
1998	27,94	46,49	28,78	47,9	-1,40	29,45	-2,51
1999	27,36	45,52	28,34	47,2	-1,64	28,53	-1,95
2000	27,07	45,04	29,10	48,4	-3,38	29,46	-3,97
2001	30,38	50,55	30,22	50,3	0,26	31,29	-1,52
2002	28,12	46,78	29,45	49,0	-2,23	29,75	-2,71
2003	28,28	47,05	28,99	48,2	-1,20	29,01	-1,21

Fuente: Eurostat. Elaboración: FEPLAC

IV. EXPEDIENTES DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1.- Decisiones de la Comisión Europea

1.1.- Ausencia de pronunciamientos en el mercado de la leche

Un análisis de la práctica de las autoridades comunitarias nos permite comprobar que en los más de cincuenta años de vigencia del Tratado de Roma, la Comisión Europea no ha publicado ninguna decisión imponiendo sanciones por una práctica restrictiva de la competencia en el sector lácteo. La ausencia de pronunciamientos en este ámbito guarda íntima relación con la actitud vacilante mantenida en el pasado por los servicios de competencia comunitarios en relación con los productos agrícolas.

La inexistencia de un precedente dificulta el examen de las restricciones de la competencia en el sector lácteo si bien entendemos que no se trata de un obstáculo insalvable gracias a la luz que arrojan recientes decisiones comunitarias relativas a mercados próximos al de la leche, como es el caso de la carne de vacuno.

1.2- Un precedente cercano: el asunto *Carnes de vacuno francés* (2003)

En el expediente *Carnes de vacuno francés*, la Comisión Europea examinó un acuerdo adoptado por seis federaciones francesas del sector de la carne de vacuno para hacer frente a la Encefalopatía Espongiforme Bovina (EEB) o crisis de las *vacas locas*. El pacto tenía como finalidad establecer un precio mínimo para determinadas categorías de carne de vacuno y suspender o, cuando menos, limitar la importación a Francia de cualquier tipo de carne de vacuno.

La investigación de la Comisión culminó con la imposición de multas a las asociaciones de ganaderos y mataderos implicadas por un importe total de 16,7 millones de euros. Dichas sanciones fueron las primeras que la Comisión impuso en el sector y, según expone la autoridad comunitaria, “*ponen de manifiesto de manera clara que el sector agrícola debe respetar las normas de competencia. La normativa europea aplicable a este sector prevé efectivamente algunas excepciones a dichas normas, pero el acuerdo en cuestión no puede acogerse a ninguna de ellas*”⁴⁴. Poco tiempo después, la Comisión ha vuelto a demostrar su convicción de que el la agricultura debe someterse a los dictados de la libre competencia al publicar dos decisiones que impusieron severas multas en el sector del tabaco crudo de España⁴⁵ e Italia⁴⁶.

La Comisión examinó el acuerdo de los ganaderos franceses sobre precios mínimos y restricciones de las importaciones desde la óptica del Reglamento 26 y concluyó que incumplía las condiciones que dicho reglamento contempla para excluir de la prohibición del art. 81.1 a los acuerdos adoptados en el sector agrícola. La decisión se pronunció sobre otras cuestiones de indudable interés como la consideración de los sindicatos agrarios como empresas a los efectos del Derecho de la competencia o el papel de las autoridades nacionales en la adopción de acuerdos sobre precios mínimos.

⁴⁴ IP/03/479, de 2 de abril de 2003.

⁴⁵ Decisión de la Comisión de 20 de octubre de 2004, asunto COMP/38.238 - *Tabaco crudo España*, no publicada todavía en el DOUE.

⁴⁶ Decisión de la Comisión de 20 de octubre de 2005, asunto COMP/38.281 - *Tabaco crudo Italia*, no publicada todavía en el DOUE.

2.- Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

2.1- Introducción

A diferencia de lo que sucede con las autoridades comunitarias, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha emitido hasta tres resoluciones relativas a los productos lácteos. Esta cifra podemos calificarla como significativa si tenemos en cuenta el tradicional protagonismo del sector servicios frente al sector primario en la actividad del TDC⁴⁷. En junio de 1997 el Tribunal dictó una de sus resoluciones más espectaculares al imponer fuertes sanciones a los principales transformadores del país por haber pactado un precio de compra de la leche en origen. No menos importante, aunque con menos impacto en los medios de comunicación, ha sido la decisión adoptada en junio de 2004 en la que el TDC denegó la autorización singular solicitada por las empresas transformadoras de leche para instaurar un sistema de precios de referencia para la compra de leche. Finalmente, otro expediente del TDC que afectó a empresas del sector fue el instruido con motivo de la *guerra del yogurt pasteurizado*, si bien este caso no reviste relevancia para el estudio de los precios de los productos lácteos⁴⁸.

⁴⁷ La mayoría de la actividad sancionadora de nuestras autoridades de la competencia se centra en el sector servicios. A este respecto resulta ilustrativo el último Informe Anual del Servicio de Defensa de la Competencia correspondiente al año 2004 en el que se indica que el 94% de los expedientes afectaban al sector servicios y sólo un 4% al industrial (pág. 24). En concreto, del total de 31 expedientes sancionadores instruidos, 29 afectaban al sector servicios y dos al industrial. De estos últimos, un caso aludía a industrias de productos alimenticios y bebidas y el otro a la fabricación y distribución de máquinas (disponible en <http://www.dgdc.meh.es/>).

⁴⁸ Resolución del TDC de 2 de junio de 2004, Expte. r. 607/04–*Productos Lácteos*, en la que se analizó el recurso del Grupo Leche Pascual contra el archivo por el SDC de la denuncia que había presentado contra Danone y la Asociación Española de Fabricantes de Yogurt y Postres Lácteos Frescos (AEFY) a las que acusaba de denigrar públicamente los yogures pasteurizados y negarse a admitir a Pascual en la asociación porque no producía yogures sin pasteurizar. El Tribunal estimó el recurso y ordenó al Servicio que abriese un

2.2.- El Expte. *Industrias Lácteas* (1997)

En junio de 1992 un sindicato agrario, la Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos (UPA), presentó una denuncia contra la Federación Nacional de Industrias Lácteas (FENIL) a la que acusaba de haber recomendado el precio de compra de la leche a sus asociados y contra cuarenta y nueve empresas transformadoras por haber puesto en práctica la recomendación de FENIL. Tras una complicada tramitación de cinco años, como consecuencia del elevado número de empresas implicadas y de los incidentes procesales planteados, el TDC dictó finalmente en junio de 1997 una resolución en la que impusieron multas por un importe aproximado de 1.200 millones de pesetas⁴⁹.

La conducta imputada a FENIL consistió en recomendar a sus miembros, de un lado, unos precios de compra unitarios por litro de leche y, de otro, unas bonificaciones o descuentos uniformes vinculados a la calidad del producto. La primera acusación fue desestimada por el TDC por falta de pruebas, pero la segunda se estimó acreditada al aportarse al expediente la Circular nº. 8/92 de la Asociación en la que se indicaban los criterios y precios para el pago por calidad fisicoquímica y bacteriológica de la leche y la fecha de entrada en vigor. El acuerdo buscaba sustituir la libre iniciativa de las transformadoras por un acuerdo colectivo sobre primas y penalizaciones que *“evitase la competencia en los pagos por calidad de la leche”* y, en consecuencia, se impuso una multa a FENIL de 15 millones de pesetas.

expediente para investigar la conducta denunciada sin que, hasta la fecha, exista un pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto.

⁴⁹ Resol. TDC de 3 de junio de 1997, expte. 352/94, *Industrias Lácteas*, FD 5. Hasta la fecha las multas han sido confirmadas por los tribunales si bien, las más importantes en cuanto a su cuantía, se encuentran todavía pendientes de casación ante el Tribunal Supremo (puede seguirse el estado de los recursos en la *web* del TDC).

Las empresas transformadoras, al poner en práctica las recomendaciones de FENIL, incurrieron –en opinión del TDC- en una práctica concertada prohibida por el art. 1 LDC. La prueba de la concertación reside en la gran similitud observada en su comportamiento en el mercado y la ausencia de una explicación económica válida del fenómeno. En efecto, el examen de las facturas de las empresas encausadas pone de manifiesto la semejanza existente en el precio de base y las bonificaciones por la calidad de la leche, así como en los períodos y en las cuantías en los que dichos precios oscilaban. Además, el Tribunal concluyó que no existía ninguna explicación válida para el paralelismo de conductas observado atendiendo a las características del mercado lácteo nacional⁵⁰.

Finalmente, durante la tramitación del expediente también se puso de manifiesto que los ganaderos “*se concertaron en el seno de las organizaciones agrarias para negociar conjuntamente el precio mínimo del litro de leche con la industria láctea*”. Aunque la resolución final no se pronuncia sobre este particular al entender que dicha práctica no era objeto del expediente, el TDC estimó *obiter dicta* que dicha conducta de los ganaderos –si resultase acreditada- infringiría el art. 1 LDC⁵¹.

2.3- El Expte. *Productos Lácteos* (2004)

El 22 de enero de 2004, la Organización Interprofesional Láctea (INLAC) presentó una solicitud de autorización singular para la elaboración y publicación de un Índice Trimestral de Tendencias en el Mercado de Productos Lácteos en España (ITTMPLE) con el fin de dotar de estabilidad al sector y normalizar las relaciones entre productores e industrias transformadoras.

⁵⁰ Resol. TDC de 3 de junio de 1997, expte. 352/94, *Industrias Lácteas*, FD 7.

⁵¹ Resol. TDC de 3 de junio de 1997, expte. 352/94, *Industrias Lácteas*, FD 6.

El Tribunal de Defensa de la Competencia desestimó la solicitud por entender que un acuerdo en el que participaba el sector productor y transformador entrañaba un grave riesgo de eliminación de la competencia en el sector lácteo, sin que la interprofesional láctea hubiese acreditado fehacientemente en qué medida el índice de precios contribuía a mejorar la producción y la distribución de productos lácteos en nuestro país y en qué medida los consumidores participaban de los beneficios del acuerdo⁵².

El expediente no debe llevarnos a la conclusión, sin duda apresurada, de que los acuerdos sobre índices de precios uniformes son ilegales *per se*, sin posibilidad de obtener una autorización. Antes al contrario, el pronunciamiento del Tribunal pone de manifiesto la necesidad de que un pacto de esta naturaleza esté debidamente justificado, incluya sólo las restricciones de la competencia que resulten indispensables para conseguir sus objetivos y no permita a las partes eliminar la competencia.

⁵² Resolución del TDC de 25 de junio de 2004, Expte. A 346/2004–*Productos Lácteos*.

V. LOS PRODUCTORES Y LOS TRANSFORMADORES SON OPERADORES ECONÓMICOS SUJETOS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La LDC se aplica únicamente a los *operadores económicos* entendiendo por tales cualquier entidad que oferte bienes o preste servicios en el mercado. El concepto de operador económico incluye toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente de su estatuto jurídico o del modo de financiación. Constituye actividad económica toda actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado. A este respecto, incluso una persona física puede constituir una empresa según lo dispuesto en la LDC, siempre que ejerza una actividad económica.

1.- Los productores

Los productores de leche son operadores económicos a los efectos del Derecho de la competencia pues ejercen una actividad de producción de bienes que ofrecen a la venta⁵³. A estos efectos, resulta irrelevante que los agricultores realicen su actividad en calidad de personas físicas – empresarios individuales- o como personas jurídicas –mediante la constitución de una comunidad de bienes, sociedad civil o sociedad mercantil- pues lo determinante a esos efectos es el ejercicio de una actividad económica y no la forma jurídica elegida⁵⁴. Además, la Comisión ha declarado que si los agricultores y, por extensión los ganaderos, “*no ejercieran una actividad económica, el Reglamento número 26* (de exención

⁵³ Resol. TDC. *Industrias Lácteas*, FD 6 a).

⁵⁴ *Vid.* Decisiones de la Comisión de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas*, apartado 105; de 20 de noviembre de 2004, *Tabaco Crudo España*, apartado 264; y de 20 de octubre de 2005, *Tabaco Crudo Italia*, apartado 227.

por categorías) *no tendría sentido, puesto que las normas de competencia sencillamente no se aplicarían a este sector*⁵⁵.

Las organizaciones de productores revisten, asimismo, la consideración de operadores económicos. Según reiterada doctrina del TDC, las asociaciones de empresarios son operadores económicos por lo que una asociación de productores de leche, como quiera que se le denomine, tiene la consideración de operador económico sometido a la LDC⁵⁶.

Algunas organizaciones agrarias adoptan la forma de *sindicatos agrarios* –por ejemplo, el *Sindicato Labrego Galego*– lo que obliga a plantearse si el Derecho de la competencia puede aplicarse a los sindicatos y si, en caso afirmativo, la actividad por ellos desarrollada puede estar amparada por el derecho a la libertad sindical⁵⁷. Respecto de la primera cuestión, la jurisprudencia comunitaria es clara al afirmar que la forma jurídica adoptada por una asociación de empresarios es irrelevante a los efectos de aplicar el Derecho *antitrust*, de ahí que no importe si se trata de una asociación, de una comunidad de bienes, de una sociedad o de un sindicato. En suma, aunque la legislación nacional contemple la figura de los sindicatos profesionales, ello no es óbice para someterlos a los dictados del Derecho de la competencia⁵⁸.

Una vez concluido que los sindicatos profesionales son operadores económicos, lo siguiente que debemos preguntarnos es si su actuación

⁵⁵ Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas*, apartado 105.

⁵⁶ *Vid.*, por todas, las resoluciones del TDC de 28 de julio de 1994 y de 6 de septiembre de 1995.

⁵⁷ *Vid.* al respecto COSTAS COMESAÑA, J., “Ilícitud antitrust de la negociación colectiva de precios en los mercados agroalimentarios”, *ADI*, tomo 25, 2004-05, pág. 272 y ss.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1992, asunto T-61/89, *Dansk Pelsdyravlereforening–Comisión*, apartado 50, Rec. 1992, pág. II-1931 y ss.

tendente a lograr un precio unitario de los productos agrícolas puede considerarse amparada por el derecho a la libertad sindical. La Comisión también es categórica en este sentido al denegar que este derecho pueda fundamentar la imposición de restricciones a la competencia. El derecho a la libertad sindical puede amparar las actuaciones que buscan informar, aconsejar o proteger los intereses de los ganaderos, pero no puede justificar las conductas que tratan de restringir la competencia en el mercado. Partiendo de un reconocimiento de la importancia que tiene la libertad sindical para la defensa de los intereses del sector, las autoridades comunitarias estiman que los sindicatos “*sobrepasan los límites de esta misión cuando prestan su ayuda a la conclusión y a la aplicación de acuerdos que no tienen en cuenta las normas de orden público, tales como las normas de competencia. En este caso, la celebración de un acuerdo entre organizaciones agrícolas y organizaciones de operadores en el mercado posterior que tiende a suspender las importaciones y a acordar un precio mínimo de compra excede los límites de la acción sindical legítima*”⁵⁹.

2.- Las empresas transformadoras

Tampoco existen dudas acerca de la consideración de las transformadoras como operadores económicos dado que, a cambio de una remuneración, preparan y ponen a la venta en el mercado los productos alimentarios⁶⁰.

El hecho de que algunas empresas transformadoras se constituyan como sociedades cooperativas no impide que sean considerados

⁵⁹ Vid. Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas*, apartado 112.

⁶⁰ Vid. Decisiones de la Comisión de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas*, apartado 106; de 20 de noviembre de 2004, *Tabaco Crudo España*, apartado 263; y de d 20 de octubre de 2005, *Tabaco Crudo Italia*, apartado 225-26.

operadores económicos. En el expediente sobre la *carne de vacuno francesa*, algunas empresas transformadoras –mataderos- sostuvieron que al adoptar esta forma jurídica, los acuerdos entre los miembros de las cooperativas estaban amparados por la normativa –nacional o autonómica- que las regula. La Comisión desestimó esta pretensión dado que, en su opinión, “*la circunstancia de que una entidad sea una sociedad cooperativa organizada de acuerdo con la normativa de un Estado miembro no afecta en modo alguno a la naturaleza económica de la actividad ejercida por esta cooperativa*”⁶¹.

Del mismo modo, las asociaciones de transformadores también son operadores económicos, independientemente de cómo se denominen. Así lo ha expresado el TDC respecto de la asociación más representativa del sector, la Federación Nacional de Industrias Lácteas (FENIL) que integra a unas ochenta empresas del sector que representan más del 95% de la producción nacional de productos lácteos. La federación fue constituida en 1977 con el fin de representar los intereses del sector industrial lácteo español, lo que le ha llevado a actuar como interlocutor de éste en numerosos foros⁶². En opinión del Tribunal, FENIL es un operador económico porque es una asociación de empresas y, además, “*desarrolla actividades de tipo económico que tienen importantes repercusiones en el mercado*”⁶³.

⁶¹ Vid. Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas*, apartado 107.

⁶² Según la información facilitada por FENIL en su *web* (www.fenil.org).

⁶³ Resol. TDC. *Industrias Lácteas*, FD 5.3.

3.- Las organizaciones interprofesionales

Las organizaciones interprofesionales agrarias, que agrupan a productores y transformadores, también son operadores económicos a los efectos que venimos estudiando. Aunque en este caso el TDC no ha llegado a afirmar expresamente que sean “operadores económicos”, sí entiende que su constitución y funcionamiento “no las sitúa al margen del Derecho de la competencia”⁶⁴.

La Comisión europea no se ha pronunciado acerca de las interprofesionales porque parece dar a entender que en la medida en que son asociaciones de asociaciones de empresas, se pueden considerar dentro del ámbito de aplicación de las normas *antitrust*. Si las asociaciones de ganaderos y las asociaciones de transformadores son operadores económicos, a la misma conclusión se puede llegar respecto de la asociación –la interprofesional- a la que pertenecen las asociaciones aludidas⁶⁵.

⁶⁴ Resol. TDC. *Industrias Lácteas*, FD 6 a).

⁶⁵ En concreto, las autoridades comunitarias enjuician los acuerdos elaborados en el seno de las interprofesionales, como acuerdos de asociaciones de empresas. *Vid.* Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas*, apartado 118-19.

VI. LA CONCERTACIÓN DE PRECIOS ES UNA PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA

La Ley de Defensa de la Competencia obliga a los operadores económicos a determinar de manera autónoma la política comercial que quieren desarrollar en el mercado, imponiéndoles cualquier forma de coordinación o cooperación entre ellos.

1.- Los acuerdos de los ganaderos para negociar colectivamente el precio de la leche restringe la competencia

En nuestro país, los productores de leche no han sido hasta la fecha objeto de ninguna sanción por participar en conductas restrictivas de la competencia. Sin embargo, en el expediente *Industrias lácteas*, el TDC analizó *obiter dicta* la legalidad de los acuerdos de los ganaderos para negociar colectivamente con las empresas transformadoras el precio del producto, concluyendo que tales pactos restringían la competencia en el sentido del art. 1 LDC.

El Tribunal advierte que las organizaciones de ganaderos son operadores económicos y que, según su reiterada jurisprudencia, la decisión de una asociación empresarial de negociar un acuerdo corporativo en interés de sus asociados, es un acto prohibido por el art. 1 LDC “*al sustituir la oferta colectiva a la actuación independiente y unificar las condiciones contractuales, se está limitando la competencia, que exige tanto una elaboración autónoma de la propias condiciones como su oferta individualizada por cada uno de los operadores presentes en el mercado*”⁶⁶.

⁶⁶ Resolución del TDC *Industrias Lácteas*, FD 6.

2.- El acuerdo entre empresas transformadoras sobre el precio de compra también es restrictivo de la competencia

El acuerdo entre transformadores para establecer un precio uniforme de compra de la leche constituye un acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el art. 1 de la LDC. Cualquier decisión o recomendación por parte de una asociación del sector –particularmente FENIL- que pretenda influir en la conducta comercial de sus miembros, constituye una decisión de una asociación de empresas prohibida por el art. 1 LDC, de la que es responsable la asociación que emite la decisión. Las empresas que pongan en práctica las recomendaciones de la asociación a la que pertenecen, son responsables de una práctica concertada prohibida en el mismo precepto⁶⁷.

La existencia de concertación del lado de la oferta no justifica las prácticas restrictivas de la competencia del lado de la demanda. En opinión de las autoridades de competencia –tanto española como comunitaria-, la concertación de los ganaderos no puede servir como excusa para un pacto entre transformadoras pues, en estos casos, las transformadoras lo que deberían hacer es acudir al Servicio para presentar una denuncia por prácticas contrarias a la legislación de competencia y no sumarse a una conducta ilegal⁶⁸. No obstante, la presión ejercida por los sindicatos y las

⁶⁷ Resolución del TDC *Industrias Lácteas*, FD 7.

⁶⁸ Dispone el TDC que “*frente a la concertación de los ganaderos, la industria láctea debería haber presentado la correspondiente denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia en lugar de haber propiciado una concertación*” (Resolución del TDC *Industrias Lácteas*, FD 7.7). En parecidos términos, la Comisión afirma que “*de la jurisprudencia reiterada se desprende que una empresa o asociación de empresas que sean parte en un acuerdo según lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado no puede alegar que participa presionada por los otros participantes. En efecto, antes que participar en el acuerdo, podría denunciar ante las autoridades competentes las presiones de las que es objeto y presentar ante la Comisión una denuncia*” (Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas*, apartado 121).

organizaciones agrarias por imponer un precio mínimo de compra en el origen puede constituir un atenuante de la multa⁶⁹.

Como señalamos anteriormente, en el plano comunitario todos los expedientes aluden a pactos entre productores y transformadores, por lo que tampoco dispones de una decisión relativa a pactos exclusivamente entre transformadores.

3.- Los acuerdos entre productores y transformadoras restringen la competencia

Si los acuerdos del lado de la oferta y de la demanda, en si mismo considerados, restringen la competencia, a idéntica conclusión debe llegarse respecto de un pacto entre todos los participantes en un mercado. El TDC no ha tramitado hasta la fecha ningún expediente sancionador sobre acuerdos en los que participen simultáneamente productores y transformadores. Sin embargo, en el expediente de autorización singular de un índice de precios presentado por INLAC, se afirma que los acuerdos en los que participan productores y transformadores entrañan un grave riesgo de que se elimine la competencia toda vez que afectan a todas las empresas participantes en el mercado⁷⁰.

⁶⁹ Vid. Resolución del TDC *Industrias Lácteas*, FD 8.3 y la Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas*, apartado 177. En este último asunto, la presión ejercida por los ganaderos sobre los mataderos fue particularmente intensa pues “*sufrieron operaciones ilegales de bloqueo de su aparato industrial, que impidió toda actividad económica, y el deterioro de las carnes. Fueron víctimas de daños materiales, a veces graves, a sus establecimientos*”. En consecuencia, la Comisión concluyó que “*esta presión física debe tenerse en cuenta como circunstancia atenuante* (en favor de las asociaciones de mataderos)” por lo que “*conviene reducir el importe de base de la multa en un 30 %*”.

⁷⁰ Resolución del TDC de 25 de junio de 2004, *Productos Lácteos*, FD 3.

En el plano comunitario, todos los expedientes de la Comisión relacionados con el sector agrícola se refieren a acuerdos en los que participaron conjuntamente los productores y los transformadores. En su opinión, *“un acuerdo como el que nos ocupa, concluido entre los representantes de los ganaderos y los representantes de los mataderos, dirigido a fijar precios mínimos de compra de vacas de desecho en Francia, constituye una restricción de la competencia”*⁷¹.

⁷¹ Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas*, apartado 125.

VII. INEXISTENCIA DE AMPARO LEGAL DE LA CONDUCTA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA

El artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia exime de la prohibición contemplada en su artículo 1 a las conductas restrictivas de la competencia que “*resulten de la aplicación de una ley*”. Se estima que los poderes públicos son soberanos para dictar normas que, en la consecución de otros objetivos legítimos, puedan restringir la competencia y – consiguientemente- que no deben sancionarse las conductas empresariales que sean consecuencia de tal regulación. Del mismo modo, en el plano comunitario, existe una reiterada jurisprudencia que sostiene que las empresas no son responsables de las conductas concertadas impuestas por la legislación nacional⁷².

Ahora bien, cuando los poderes públicos no imponen a las empresas una conducta restrictiva, sino que se limitan a fomentarla o facilitarla, no entra en juego el art. 2.1 y la Ley de Defensa de la Competencia resulta aplicable con todo su rigor a las empresas participantes. A esta conclusión se llega tanto en aquellos supuestos en que se aprueban normas que fomentan o facilitan la concertación –sin imponerla- como a aquellos otros en los que los poderes públicos –sin acudir a ningún instrumento normativo- por la vía de los hechos favorecen la concertación entre los operadores económicos.

En los apartados siguientes examinaremos, por un lado, si existe alguna norma que imponga precios uniformes en el mercado de la leche y, por otro, si tienen consecuencias las actuaciones de los poderes públicos tendentes a fomentar o facilitar comportamientos restrictivos de la competencia.

⁷² Vid. al respecto el punto II.4 del Capítulo Primero.

1.- Ausencia de una disposición con rango de ley que imponga la concertación de precios

Las empresas participantes en el mercado lácteo han intentado apoyar la licitud de sus conductas restrictivas de la competencia en la regulación sectorial. Las autoridades de defensa de la competencia, por el contrario, estiman que ninguna norma con rango de ley impone la fijación de los precios de la leche en el origen.

1.1.- La regulación de la OCM de productos lácteos no ampara la fijación de precios

Las empresas productoras y transformadoras han alegado en el pasado que la fijación de un precio mínimo de la leche es consecuencia del fuerte intervencionismo público en el sector y, en particular, de la existencia de una Organización Común del Mercado⁷³. En opinión del TDC esta tesis no se sostiene ya que los mecanismos de intervención pública previstos en la PAC no imponen a las empresas un precio uniforme, como lo demuestran sendos documentos elaborados por la Comisión Europea y el Ministerio de Agricultura.

En efecto, la Comisión Europea ha declarado en una carta enviada al TDC que los precios de intervención de la PAC –y los denominadas precios equitativos hoy derogados- no imponen a los productores precios de venta uniformes de su producto. Ahondando en esta línea, el MAPA coincide en

⁷³ En opinión de las empresas transformadoras, la fijación de un precio mínimo de compra “*deriva necesariamente de la política agraria comunitaria. La industria láctea no ha hecho otra cosa que utilizar la fórmula empleada por la Comisión Europea para valorar el precio de la leche a partir del precio de intervención, de modo que no debe resultar extraño que partiendo de precios institucionales conocidos se llegue a precios uniformes*” (Resol. TDC *Industrias Lácteas*, FD 7.6 c).

señalar que en la OCM de los productos lácteos “no se regulan pues precios mínimos de compra al ganadero. En la Unión Europea existe un mercado de libre oferta y demanda, ya que el precio indicativo es simplemente un precio deseable a percibir por los ganaderos en una determinada campaña y sirve de referencia para fijar los precios umbral y de intervención”⁷⁴.

1.2- Las organizaciones interprofesionales agrarias deben respetar las normas de competencia

Las organizaciones interprofesionales agrarias son entidades de ámbito estatal o autonómico que representan la producción, la transformación y, en su caso, la comercialización de productos agrarios. Las interprofesionales están reguladas en nuestro país en Ley 38/1994⁷⁵ y tienen como finalidad principal fomentar la eficiencia y la transparencia de los mercados agroalimentarios, proteger los intereses de los consumidores y adaptar los productos a las necesidades del mercado⁷⁶.

Ante el riesgo de que las iniciativas para mejorar la eficiencia del mercado deriven en prácticas colusorias, la Ley 38/1994 dispone que las

⁷⁴ Resol. TDC *Industrias Lácteas*, FD 7.7 c).

⁷⁵ Ley 38/1994, de 30 diciembre, reguladora de las Organizaciones interprofesionales agroalimentarias, BOE nº. 313 de 31 de diciembre. Modificada posteriormente por las siguientes normas: Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del Orden social, DA Primera; Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, art. 117; y Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, art. 119.

⁷⁶ En concreto, dispone el art. 3 que las finalidades de estas organizaciones son: a) Llevar a cabo actuaciones que permitan un mejor conocimiento, una mayor eficiencia y una mayor transparencia de los mercados. b) Mejorar la calidad de los productos y de los procesos de distribución. c) Promover programas de investigación y desarrollo. d) Promocionar las producciones agroalimentarias. e) Promover actuaciones que faciliten una información adecuada a los intereses de los consumidores. f) Realizar actuaciones en defensa del medio ambiente. Y g) Desarrollar acciones que permitan una permanente adaptación de los productos agroalimentarios a las demandas del mercado.

organizaciones interprofesionales agroalimentarias se ajustarán a las normas y principios recogidos en la LDC y a las disposiciones reguladoras de esta materia en el Derecho Comunitario. Además, la Disposición Adicional Tercera expresamente declara que el TDC podrá imponer sanciones a organizaciones interprofesionales agroalimentarias por las infracciones a la libre competencia que cometan, pudiendo dar lugar a la suspensión temporal o retirada definitiva del reconocimiento otorgado por el MAPA cuando tales infracciones supongan un menoscabo o lesión de las finalidades anteriormente señaladas.

En definitiva, del tenor literal de la Ley reguladora de las interprofesionales agrarias puede concluirse –y así lo ha declarado el TDC– que la ley no sólo no ampara, sino que incluso prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia adoptados por sus miembros⁷⁷.

1.3- Los contratos-tipo para la comercialización de productos agroalimentarios no pueden utilizarse para fijar precios uniformes

En el sector agroalimentario las autoridades públicas fomentan la elaboración de formularios homologados de contratos a los que pueden ajustarse voluntariamente las empresas productoras y transformadoras que actúan en un determinado sector económico. Los riesgos inherentes a la actividad agrícola –como consecuencia del elevado número de operadores y de transacciones realizadas, de la duración de los procesos productivos, su estacionalidad o del carácter perecedero de los productos– hacen aconsejable la aprobación de contratos homologados a los que puedan someterse las operaciones que se realicen. En España los contratos-tipo se

⁷⁷ Resol. TDC *Industrias Lácteas*, FD 6 c).

regulan en la Ley 2/2000, habiéndose aprobado hasta la fecha contratos homologados respecto de veintiséis categorías de productos agrícolas⁷⁸.

La existencia de contratos-tipo en un sector agrícola entraña un riesgo de colusión pues si las cláusulas homogéneas regulan las condiciones comerciales de los productores o transformadores, se produciría un paralelismo de precios en el mercado. Por este motivo, la Ley 2/2000 dispone que los contratos tipo deben ser homologados por el Ministerio –el cual podrá examinar la legalidad de su contenido- declarando además que el precio a percibir en cada transacción debe ser fijados libremente por las partes signatarias en el contrato (art. 3 d)⁷⁹.

En el sector lácteo no se ha aprobado, hasta la fecha, ningún modelo de contrato homogéneo por lo que un hipotético pacto entre productores y transformadores no podría tratar de apoyarse en un contrato-tipo inexistente. Ahora bien, aunque dicho contrato existiese, las autoridades de competencia son categóricas a la hora de excluir que la legislación que los regula pueda amparar cláusulas de precios uniformes⁸⁰.

⁷⁸ Fuente MAPA (abril 2006): <http://www.mapa.es/es/alimentacion/pags/interprofesionales/contratos/contratosagra.htm#>

⁷⁹ En el asunto *Tabaco Crudo España*, la Comisión examinó el contrato tipo homologado en dicho sector en nuestro país y comprobó que aunque no establecía precios uniformes –lo cual está expresamente prohibido en la Ley 2/200- el MAPA fomentaba la concertación de precios por otros medios. La decisión es interesante porque confirma que las normas sobre contratos-tipo no permiten fijar precios ni tampoco pueden ser utilizados por las autoridades públicas para fomentar la concertación (Decisión de 20 de octubre de 2004, apartado 354).

⁸⁰ Decisiones de la Comisión de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas*, apartados 150-156; y de 20 de octubre de 2004, *Tabaco crudo España*, apartados 349-353.

2.- La intervención de la Administración como atenuante de la multa

El sector lácteo es un mercado caracterizado por un elevado grado de intervención pública. Cuando las administraciones públicas están en contacto constante con los operadores en un mercado y fomentan la realización de prácticas concertadas, tales prácticas no gozan de amparo en el art. 2.1 LDC –porque no son impuestas por una ley- y las empresas están sujetas a responsabilidad pese actuar *aconsejadas* por el poder público.

Sin embargo, la participación de las Administraciones en la gestión de una práctica concertada no es irrelevante pues las autoridades de competencia entienden que debe valorarse a la hora de graduar la multa a imponer a las empresas participantes. En este sentido afirma el TDC que *“la invocación del constante intervencionismo administrativo y de la tradición de los acuerdos interprofesionales, generalmente auspiciados por la propia Administración (...) aunque no puede ser tomada en consideración para eximir a las empresas de su responsabilidad, sin embargo, puede servir de atenuante”*⁸¹.

En la misma línea, la Comisión ha declarado en diversos asuntos que la multa de las empresas puede reducirse hasta un 30% como consecuencia de la intervención de los poderes públicos en los acuerdos de fijación de precios. En el asunto *Carnes de Vacuno Francés*, la participación del Ministro francés de agricultura en la práctica concertada se puso de manifiesto en que: 1) convocó las reuniones entre productores y transformadores; 2) compareció en el parlamento indicando que su deseo era *“lograr que unos y otros se pusieran de acuerdo sobre un modelo de precios de compra equitativos”*; y 3) emitió un comunicado de prensa el día del acuerdo en el que se afirmaba que el Ministerio *“acoge con gran satisfacción el acuerdo firmado (...) que había deseado, provocado y*

⁸¹ Resol. TDC *Industrias Lácteas*, FD 7.7 b).

fomentado". Todas estas circunstancias permitieron a la Comisión concluir que el Ministro de agricultura había ejercido una *fuerte presión* sobre las empresa transformadoras para lograr un acuerdo y que, en consecuencia, debía aplicárseles una reducción del 30% en el importa de la multa⁸².

En el asunto del *Tabaco Crudo en España*, la Comisión también concluyó que el marco normativo de la negociación colectiva de los contratos-tipo aprobados por el Ministerio "*podía generar un grado de incertidumbre considerable*" entre las empresas del sector "*en cuanto a la legalidad*" de la negociación colectiva de los precios, por lo que impuso a los productores una multa simbólica y a los transformadores una reducción del 40%⁸³.

La atenuante de la intervención administrativa debe valorarse especialmente en aquellos sectores que se encuentran en una fase de transición hacia un mercado liberalizado⁸⁴.

⁸² Decisión de 2 de abril de 2003, apartados 33, 42 y 176.

⁸³ Decisión de 20 de octubre de 2004, apartados 428 y 438. En concreto, entre los años 1995 a 1998, el MAPA aprobó contratos tipo en los que, aunque la cláusula de precios estaba en blanco, se mencionaba que el conjunto de los representantes de los productores negociarían colectivamente con cada transformador por separado las tablas de precios y las condiciones complementarias referentes a la venta de tabaco. En 1999, el Ministerio aprobó incluso las tablas de precios negociadas colectivamente por el conjunto de los representantes de los productores y los cuatro transformadores. Estos cuadros se anexaron al contrato tipo publicado ese año en el BOE. Por último, en 2000 y 2001, el Ministerio de Agricultura convocó a los representantes de los dos sectores a reuniones, a veces incluso en la sede del Ministerio, con el fin de convenir las tablas de precios. De este modo, la Comisión concluye que "*el Ministerio incitó como mínimo a las partes a seguir sus negociaciones colectivas relativas a estas tablas de precios*" (apartado 354).

⁸⁴ Resol. TDC *Industrias Lácteas*, FD 8.3.

VIII. AUTORIZACIÓN DE LOS ACUERDOS SOBRE PRECIOS

De lo visto hasta ahora se desprende que un acuerdo entre productores y transformadores sobre el precio de la leche constituye una conducta restrictiva de la competencia. Ahora bien, tanto el Tratado CE (art. 81.3) como la Ley de Defensa de la Competencia (art. 3) prevén que determinados acuerdos restrictivos puedan quedar al margen de la prohibición cuando entrañen una mejora para la producción o la distribución de productos y servicios, beneficien a los consumidores, introduzcan sólo restricciones de la competencia que sean indispensables para la consecución de sus objetivos y, por último, no permitan a las empresas participantes eliminar la competencia en el mercado.

Tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 en mayo 2004⁸⁵, el Derecho comunitario y el español difieren sustancialmente en relación con la aplicación de la exención de conductas prohibidas. Según el modelo tradicional, denominado de *autorización previa*, las partes que alcanzan un acuerdo restrictivo deben suspender su aplicación y solicitar una autorización a las autoridades de competencia competentes. Respecto de determinadas categorías de acuerdos, las autoridades de competencia pueden publicar Reglamentos de exención que detallan las condiciones para autorizar determinados acuerdos y eximen a las partes de tener que tramitar una autorización singular. La existencia de un reglamento en una materia, no impide a las empresas solicitar una autorización singular respecto de acuerdos o cláusulas no contemplados en la normativa.

En la actualidad, sin embargo, la Comisión ha pasado a un sistema de *exención legal* en el que las empresas deben valorar por sí mismas la licitud

⁸⁵ Reglamento 1/2003, de de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOCE L 1/1, de 4 de enero de 2003.

de sus acuerdos, que son válidos sin necesidad de obtener una autorización singular. En estas condiciones, los Reglamentos de exención ya no tienen como finalidad principal eximir a las empresas de tener que solicitar una autorización para sus acuerdos, sino orientarlas en la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos que celebren.

A pesar de los cambios operados por las autoridades comunitarias, en España se mantiene el sistema de autorización previa por lo que las empresas siguen teniendo que notificar los acuerdos que restringen la competencia. Esta obligación únicamente decae cuando el pacto entre competidores se adapta a las condiciones previstas en un reglamento de exención por categorías⁸⁶.

En consecuencia, en las páginas siguientes examinaremos si un acuerdo entre productores y transformadores de leche se ajusta a algún reglamento de exención vigente y, si la respuesta es negativa, si podría obtener una autorización singular de las autoridades de competencia de nuestro país.

1.- Los pactos sobre precios de productos lácteos en el Reglamento 26

Las autoridades comunitarias han publicado un Reglamento de exención en el que se recoge las condiciones que deben cumplir los pactos entre productores en el sector agrícola para eximirlos de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia. Las condiciones de exención previstas en el Reglamento 26 han sido analizadas en el Capítulo Segundo de este trabajo, por lo que en los apartados analizaremos si un acuerdo para la fijación del precio de la leche en origen estaría contemplado en alguna de las tres situaciones previstas en la citada normativa.

⁸⁶ Los reglamentos de exención comunitarios son directamente aplicables en España desde la publicación del 378/2003.

2.1- Acuerdos integrantes organización nacional de mercado

El Reglamento 26 prevé que la exención de acuerdos en mercados en los que exista una organización del mercado de ámbito nacional. En la medida en que en el sector lácteo español existe una Organización Común de los Mercados de ámbito comunitario, resulta sencillo concluir que la exención contemplada para las OCM nacionales no resulta aplicable.

2.2- Acuerdos necesarios para la realización de los objetivos del Tratado

En segundo lugar, el Reglamento 26 exime a los acuerdos entre ganaderos que persiguen los fines de la política agraria común enunciados en el art. 33 del Tratado CE: “*a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, 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; b) 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; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables*”.

En primer lugar, la Comisión suele entender que un acuerdo sobre precios no tiene como finalidad “*incrementar la productividad agrícola*”. Tampoco cabe sostener que los precios uniformes cumplan la misión de “*garantizar un nivel de vida equitativo*” dado que este objetivo está vinculado al primero, es decir, sólo cabe garantizar el nivel de vida mediante la mejora de la productividad.

En segundo término, otra cuestión que cabe plantearse es si un acuerdo sobre precios mínimos puede apoyarse en el objetivo de “*estabilizar*”

los mercados". En el asunto *Carne de vacuno francés*, la Comisión señaló que cuando los bajos precios en un mercado agrícola son debidos a un exceso de producción –desequilibrio entre la oferta y la demanda- la fijación de precios de compra homogéneos no contribuye a estabilizarlo por cuanto el pacto no incide en las causas del problema. En efecto, *"la fijación de un precio mínimo de compra no resuelve en modo alguno esta situación. En efecto, no afecta al volumen de la oferta, muy excedentario; un aumento de los precios mínimos podría llegar a conducir a una disminución de la demanda, lo que no haría sino aumentar la divergencia entre oferta y demanda"*⁸⁷.

En tercer lugar, tampoco cabe aplicar el objetivo de *"garantizar la seguridad de los abastecimientos"* porque el mercado de productos lácteos no parece que tenga ningún problema de abastecimiento.

Finalmente, el acuerdo de precios mínimos en el origen debe *"asegurar al consumidor suministros a precios razonables"*. Cuando el objetivo de un acuerdo es provocar un alza de precios en el mercado, resulta difícil entender que cumple el objetivo de beneficiar a los consumidores de un producto.

En suma, aunque pudiera discutirse si mediante la fijación de precios mínimos en el origen podría alcanzarse alguno de los objetivos de la política agraria común, debe descartarse que dicho acuerdo pueda considerarse exento en virtud del Reglamento 26 pues –como ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia comunitaria- la norma de exención sólo ampara a los acuerdos que cumplen todos los objetivos. Además, debe respetarse el principio de proporcionalidad por lo que aun cuando un acuerdo restrictivo cumpla los objetivos de la PAC, es preciso acreditar que los mismos

⁸⁷ Decisión de la Comisión de 2 de abril 2003, asunto *Carne de vacuno francés*, apartado 142.

objetivos no podrían hacerse logrado mediante otras medidas menos restrictivas de la competencia.

2.3- Acuerdos entre agricultores de un único Estado miembro

El reglamento 26 también declara exentos los acuerdos entre agricultores *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 (...), 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 nuestra hipótesis de trabajo esta excepción tampoco resulta aplicable por la participación en los acuerdos de la industria transformadora y por la inclusión de cláusulas que obligan a aplicar un precio determinado. Como ha señalado la Comisión, *“los acuerdos entre por un lado los transformadores y por otro lado los representantes de los productores, en la medida en que tienen esencialmente por objeto fijar las horquillas de precios del tabaco crudo por grados cualitativos y las condiciones complementarias, no pueden pues beneficiarse de la excepción prevista en dicho Reglamento”*⁸⁸.

En suma, a nuestro modo de ver puede concluirse que un acuerdo para fijar los precios en origen de la leche no estaría contemplado en ninguna de las tres situaciones previstas en el Reglamento 26.

⁸⁸ Decisión de la Comisión de 20 de octubre de 2004, asunto *Tabaco crudo España*, apartado 346.

2.- Solicitud de una autorización singular para un acuerdo de precios mínimos de la leche

Cuando un acuerdo entre empresas competidoras no se encuentra contemplado por ningún reglamento de exención, a las partes siempre les queda la posibilidad de dirigirse a las autoridades de competencia para solicitar una autorización singular. En el sistema de aplicación todavía vigente en nuestro país, la solicitud de una autorización singular no es potestativa para las partes, sino imperativa, toda vez que los acuerdos contemplados en el art. 1 LDC son nulos hasta que no reciben el visto bueno del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El estudio de esta cuestión debe guiarse por el expediente *Productos Lácteos* de 2004, en el que el TDC se desestimó la solicitud de autorización singular para un índice de precios elaborado por la interprofesional del sector.

2.1.- Mejora de la producción o de la distribución del producto

El art. 3 LDC dispone, en primer lugar, que un acuerdo entre competidores que restringe la competencia en el mercado sólo puede ser autorizado cuando a través del mismo se mejore la producción o la distribución de un producto o se promueva el progreso técnico o económico.

En las páginas precedentes hemos aludido a algunas de las características del mercado lácteo español, entre las que destacamos la desigualdad entre la oferta y la demanda, la estacionalidad de la producción y el elevado intervencionismo público. Las medidas adoptados por ganaderos y transformadoras que traten de atenuar las desigualdades existentes en el mercado, paliar las consecuencias de la estacionalidad de la producción o dotar de mayor transparencia a un mercado condicionado por

la intervención pública, podría entenderse que se ajustan a la primera condición del art. 3 LDC.

En todo caso, no debe olvidarse que la carga de probar los beneficios del acuerdo recae sobre las empresas participantes, las cuales deben emplear todos los recursos a su alcance para demostrar las mejoras que introduce en el mercado un precio uniforme. Baste recordar en este sentido la denegación por el TDC de la autorización singular al acuerdo sobre índices de precios alcanzado en el seno de la interprofesional láctea. A juicio del Tribunal, la solicitante de la autorización, INLAC, *“debe justificar en qué medida el acuerdo mediante el cual se recomendarán unos índices comunes de referencia, en las negociaciones del precio de la leche, contribuirá a mejorar la producción y la comercialización de bienes y servicios”*⁸⁹.

2.2.- Beneficio de los consumidores

Por regla general se entiende que un acuerdo beneficia a los consumidores cuando las ventajas resultantes del mismo no redundan únicamente en las empresas participantes y se hacen extensibles al mercado en general y a los consumidores.

Un pacto entre ganaderos y transformadores que persiga los objetivos indicados en el apartado anterior no sólo beneficia a las empresas participantes, sino que se traduce en un mercado más eficiente del que podrían beneficiarse los consumidores de leche en forma de productos de más calidad y a mejores precios.

⁸⁹ Resolución del TDC de 25 de junio de 2004, *Productos Lácteos*, Antecedente de Hecho 4.

2.3.- Restricciones indispensables

Los acuerdos que mejoren la producción o la distribución de un producto deben incluir únicamente aquellas cláusulas restrictivas de la competencia que resulten indispensables para lograr los objetivos perseguidos.

En este sentido, la principal conclusión que debe extraerse de la práctica de nuestras autoridades de competencia es que los precios establecidos de común acuerdo por los transformadores y productores deben limitarse únicamente a orientar a los operadores en el mercado, sin que en ningún caso puedan tener carácter imperativo.

Consciente de esta exigencia, en el expediente *Productos Lácteos INLAC* argumentó en defensa del acuerdo que se trataba de “*una referencia de ayuda a la negociación del precio (...) una recomendación de evolución equilibrada objetiva, que en ningún momento, ni de ninguna manera se obliga a ningún agente a que tenga que seguirla*”. No obstante, el Tribunal concluyó que al ser aceptada por los miembros de la interprofesional, la recomendación de precios se convertía en vinculante y que, consiguientemente, no podía autorizarla⁹⁰.

2.4.- No eliminación de la competencia

Los acuerdos en los que participan todas las empresas que operan en un determinado sector entrañan un riesgo grave de que el pacto elimine la competencia en el mercado. Así lo ha manifestado el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente *Productos Lácteos*, en el que se afirma que dado que el “*acuerdo afectaría a todo el sector lácteo, tanto productor como*

⁹⁰ Resolución del TDC de 25 de junio de 2004, *Productos Lácteos*, FD 2.

*transformador (...) conlleva un importante riesgo de eliminación de la competencia respecto del total mercado*⁹¹.

Cuando un acuerdo entre competidores afecta a todos los operadores en un mercado, las restricciones de la competencia que establece no pueden ser compensadas por empresas rivales. En estas condiciones, las autoridades de competencia suelen exigir el cumplimiento de algunos requisitos adicionales tales como: 1) empleo de parámetros objetivos para elaborar el precio de referencia; 2) transparencia en el procedimiento de elaboración del precio; y 3) revisión periódica del mismo⁹².

En esta línea, el TDC afirma que cuando se elaboran precios de referencia “*para seleccionar los indicadores del mercado se exige que éstos sean objetivados y basados en una metodología rigurosa y estable*”, razón por la cual debía denegarse la autorización solicitada en el expediente *Productos Lácteos* dado que existía “*una gran opacidad tanto en los precios finales, como en las reglas de formación de los mismos*” que impedía acreditar los efectos favorables del índice de precios propuesto por INLAC⁹³.

⁹¹ Resolución del TDC de 25 de junio de 2004, *Productos Lácteos*, FD 3.

⁹² Puede consultarse en este sentido, nuestro trabajo sobre los precios uniformes pactados para el correcto funcionamiento de los sistemas de pagos electrónicos, F. GARCÍA CACHAFEIRO, *Derecho de la competencia y actividad bancaria*, Madrid, La Ley, 2003, págs. 294 y ss.

⁹³ Resolución del TDC de 25 de junio de 2004, *Productos Lácteos*, FD 1.