

eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

TESIS DOCTORAL

LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN SU PROYECCIÓN SOBRE EL AGRO ESPAÑOL

Autora: Cayetana Santaolalla Montoya

Director: Juan José Álvarez Rubio

**San Sebastián / Donostia
2017**

eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN SU PROYECCIÓN SOBRE EL AGRO ESPAÑOL

Trabajo de investigación que se presenta para la obtención del grado de Doctora en Derecho por la licenciada Doña Cayetana Santaolalla Montoya, realizado bajo la dirección del Dr. Don Juan José Álvarez Rubio, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea.

San Sebastián / Donostia
2017

AGRADECIMIENTOS

A mi marido Santiago, sin ti sabes que esta tesis nunca hubiera visto la luz. Por tu apoyo en lo económico, en lo psicológico y en lo espiritual. Porque la agricultura es una siembra y la labor de investigación también. Con tu energía, positivismo y ejemplo has tirado de mí los días más grises.

A mi hijo Cayetano, por todas las horas de juegos y parques que te he robado.

A mis padres Francisco y Pilar, ejemplos de sacrificio y generosidad.

A mis suegros José María y Montserrat, por su APOYO.

A mis tres hermanos doctores Francisco, Pilar y Marcela, *por agobiarme*. A mi cuñada Ana, también doctora, por escucharme y animarme. A mi sobrino Iñigo que me mostró lo que de verdad importa. A mi hermano Miguel.

Al Vicerrectorado del Campus de Gipuzkoa y a la Dirección para la Igualdad de la UPV/EHU por ayudarme a conciliar. En especial a Javier Monzón y a Antonio Casado.

Y a alguien muy especial, mi director Juan José Álvarez Rubio, por tu elevadísima calidad humana y profesional, porque eres extremadamente generoso con su tiempo, porque siempre me has atendido con amabilidad, paciencia, diligencia, humanidad y humildad, porque me has acogido entre sus discípulos y me has acercado de nuevo a la Universidad de la mano del Derecho Internacional privado. Juanjo, mi agradecimiento hacia ti es enorme y quedo en deuda contigo. Sin este *coach* tan excepcional que predica a diario con su ejemplo, no hubiera llegado a cruzar la línea de meta. GRACIAS.

ABREVIATURAS	5
--------------------	---

**CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS
CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DOCTORAL**

INTRODUCCIÓN.....	7
-------------------	---

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN DE LA PAC Y LA OMC	26
-------------------------------------------------------	-----------

I. Los primeros treinta años de convergencia de la PAC, de 1962 a 1992	28
II. La Reforma McSharry de 1992	33
III. La Agenda 2000	38
IV. La Reforma Fishler de 2003.....	45
V. La Reforma del chequeo médico de 2008	50
VI. La Reforma post 2013.....	55
Valoraciones.....	66

**LA POLÍTICA DE COMPETENCIA:
INTERACCIÓN CON LA LEY DE LA CADENA ALIMENTARIA**

CAPÍTULO II. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA	73
------------------------------------------------------	-----------

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA.....	78
--------------------------------------------------------------	----

II. LA RELACIÓN ENTRE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y LA POLÍTICA AGRARIA.....	83
--------------------------------------------------------------------------------	----

2.1 Debate doctrinal	86
2.2 Las excepciones agrarias.....	90

III. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA	98
-------------------------------------------------------------------	----

IV. ANTECEDENTES AGROALIMENTARIOS EN LAS INFRACCIONES DE COMPETENCIA: LOS CÁRTELES	
---------------------------------------------------------------------------------------	--

4.1 Introducción	114
4.2 Cárteles agroalimentarios	115
4.3 El sector lácteo	124
4.3.1 El mercado mundial de lácteos: el fin de las cuotas lácteas.....	126
4.3.2 El cártel de la leche	139
4.4 Otras consideraciones respecto a los cárteles	141

**CAPÍTULO III. INFRACCIONES EN MATERIA DE DERECHO
DE LA COMPETENCIA**

I. LA APLICACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LA DIRECTIVA 2014/104/UE DE DAÑOS	
---------------------------------------------------------------------------------------	--

1.1 La aplicación pública y privada del Derecho de la competencia.....	144
a) Origen.....	148
b) Complejidad.....	152
1.2 Los programas de clemencia	158

1.2.1 La Directiva 2014/104/UE de daños y perjuicios.....	166
1.2.2 Las reclamaciones colectivas.....	181
II. LA DIMENSIÓN IUSINTERNACIONALPRIVATISTA EN RELACIÓN AL ALCANCE DE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA	193
2.1 Materia contractual o extracontractual: una cuestión calificatoria.....	196
2.1.1 El Reglamento Bruselas I bis	205
2.1.2 El Reglamento Roma II	210
2.2 Reglamentación sectorial material: incidencia de normas materiales imperativas	218
 CAPÍTULO IV. LA LEY 12/2013 DE MEDIDAS PARA MEJORAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA ALIMENTARIA	
I. Consideraciones introductorias	226
II. Evolución histórica de la Ley de la cadena alimentaria: su contenido material.....	233
III. Relación entre la Ley de la cadena alimentaria y la legislación de competencia.....	240
IV. Legislación aplicable a los contratos de la cadena alimentaria.....	249
 ESTUDIO DE CASO Y CONCLUSIONES	
 CAPÍTULO V. LA COMERCIALIZACIÓN DE LA PERA CONFERENCIA EN LA CCAA DE LA RIOJA. LAS ACCIONES COLECTIVAS, ¿UNA OPCIÓN PARA LOS AGRICULTORES RIOJANOS?	
I. Introducción	265
II. La pera en el mundo, en Europa, en España y en La Rioja.....	271
III. La Denominación de Origen Protegida de peras de Rincón de Soto	276
IV. El asociacionismo de los agricultores de pera en La Rioja	280
V. Conductas contrarias a la ley en la comercialización de la pera	288
VI. Ausencia de órgano de defensa de la competencia autonómico en la CCAA de La Rioja. Los inspectores de la AICA	294
VII. Proyección sobre este ámbito de los instrumentos normativos de Derecho internacional privado	
7.1 Materia contractual o extracontractual	300
7.2 Reglamentos de Derecho Internacional privado.....	303
VIII. Las acciones colectivas, ¿una opción para los agricultores riojanos?	306
 CONCLUSIONES	 312
 FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES.....	 331

La Política de Competencia en su proyección sobre el agro español.

La Política de Competencia en su proyección sobre el agro español.

La Política de Competencia en su proyección sobre el agro español.

La Política de Competencia en su proyección sobre el agro español.

ABREVIATURAS

AA	Acuerdo de Agricultura
ACC	Autoridad Catalana de la Competencia
ACP	África, Caribe y Pacífico
ACS	Acuerdo sobre el Comercio de Servicios
AFC	Acuerdo Facilitador del Comercio
AICA	Agencia de Información y Control Alimentario
AN	Audiencia Nacional
ANC	Autoridades Nacionales de Competencia
AOP	Asociación de Organización de Productores
ASAJA	Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores
AVDC	Autoridad Vasca de Defensa de la Competencia
BM	Banco Mundial
CCAA	Comunidad Autónoma
CBPCA	Código de Buenas Prácticas en la Cadena Alimentaria
CDS	Comisión para el Desarrollo Sostenible
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CETA	Acuerdo de Libre comercio entre Canadá y la UE
CMNUCC	Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional del Mercado de la Competencia
CREDA	Centro de Investigación en Economía y Desarrollo Agroalimentario
CVC	Consejo Vasco de la Competencia
DGAgri	Dirección General de Agricultura de la Comisión Europea
DGCom	Dirección General de Competencia de la Comisión Europea
DIPr	Derecho Internacional Privado
DO	Denominación de Origen
DOP	Denominación de Origen Protegida
DOCa	Denominación de Origen Calificada
EAP	Entidad Asociativa Prioritaria
ECN	European Competition Network
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
EEE	Espacio Económico Europeo
EFTA	European Free Trade Association/AELC Asociación Europea de Libre Comercio
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
FAO	Food and Agriculture Organization of United Nations
FED	Fondo Europeo de Desarrollo
FEDER	Fondo Europeo de Desarrollo Regional
FENIL	Federación Nacional de Industrias Lácteas
FEOGA	Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola
FMI	Fondo Monetario Internacional
FRIDE	Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior
FSE	Fondo Social Europeo
GAN	Grupo Alto Nivel
HAS	Hectáreas
IGP	Indicaciones Geográficas Protegidas
INFOLAC	Sistema unificado de Información del sector lácteo
LCA	Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria
LCD	Ley de Competencia Desleal

LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORCOMIN	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
MAGRAMA	Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medioambiente
MD	Marca del Distribuidor
MMO	Milk Market Observatory/Observatorio del Mercado de la leche
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OCM	Organización Común de Mercado
OCMA	Organización Común de Mercados Agrarios
OCU	Organización de Consumidores y Usuarios
ODM	Objetivo de Desarrollo del Milenio
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OP	Organización Profesional
OPFH	Organización Profesional de Frutas y Hortalizas
OSD	Órgano Solución Diferencias
PAC	Política Agraria Común
PDR	Plan Desarrollo Rural
PE	Parlamento Europeo
PECO	Países de Europa Central y Oriental
PIB	Producto Interior Bruto
PNB	Producto Nacional Bruto
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente
RBI	Reglamento Bruselas I
RBI bis	Reglamento Bruselas I bis
RCEP	Acuerdo de libre comercio impulsado por China
RDC	Reglamento Defensa de la Competencia
RRI	Reglamento Roma I
RRII	Reglamento Roma II
SAT	Sociedad Agraria de Transformación
SGP	Sistema Generalizado de Preferencias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TiSA	Trade in Services Agreement
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership/Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversión
TTP	Trans-Pacific Partnership/Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

La Política de Competencia en su proyección sobre el agro español.

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS
CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DOCTORAL

INTRODUCCIÓN

Los autores del desarrollo económico, de la elevación cultural y del progreso social del campo deben ser los agricultores. La agricultura produce alimentos y proporciona materias primas a la industria. Es un trabajo que exige del agricultor conocimiento del curso del tiempo, capacidad de adaptación y espíritu emprendedor¹.

El objetivo central y primero de la actual Unión Europea (UE) fue el comercio y la creación de un Mercado común caracterizado por una única frontera comercial exterior y la supresión de restricciones a los intercambios en el interior. Durante los últimos cincuenta años y en especial en los años 80 se trabajó mucho para derribar las barreras entre las economías nacionales de la UE y para crear un Mercado único en el que los bienes, las personas, los capitales y los servicios pudieran circular libremente. El comercio intracomunitario ha crecido enormemente y la UE se ha convertido en una gran potencia comercial a escala mundial. La UE desempeña hoy, más que nunca, un papel fundamental en la escena mundial de la organización y reglamentación del comercio mundial.

La política de competencia aparece como una herramienta clave para el futuro de la UE, como ya lo fue durante el proceso de construcción europea² y, hoy por hoy juega un papel protagonista en la nueva estrategia Europa 2020 que debe llevar a Europa a la recuperación y lograr garantizar en lo posible una economía sostenible. Dentro de esta Estrategia se afirma la importancia de la política de competencia para garantizar un Mercado Único abierto y dinámico.

Por su parte, la creación de la OMC en 1995 significó la mayor reforma del comercio internacional desde 1948. La OMC del Acuerdo de Marrakech tuvo como objetivo poner en práctica los acuerdos multilaterales y se inspiró en los principios de no discriminación, comercio más libre, políticas previsibles, promoción de la competencia y disposiciones especiales para los países en vías de desarrollo.

¹CARTA ENCÍCLICA Mater and Magistra de JUAN XXIII, la Santa Sede, Roma, 1961, pp. 1-55, en especial p. 31.

²GARCÍA HIDALGO, J.L. y PALMA MARTOS, L., “Los nuevos desafíos de la política de competencia en la Unión Europea ante la recuperación económica y la Estrategia Europa 2020”, *Boletín Económico de ICE* nº 3058, 2014, pp. 37-48, en especial pp. 37-38 y 44-45.

Como señala Fernández Rozas³, la OMC se basó en tres postulados. El primero de ellos se basaba en la reducción del proteccionismo porque propiciaba la existencia de empresas desmesuradas e ineficientes y podía ocasionar a la larga el cierre empresarial y la pérdida de empleos. Esto choca con la realidad actual que se sitúa en el foco del panorama mundial del neoproteccionismo de Estados Unidos y Reino Unido. El principio de la ventaja comparativa significaba que los países prosperaban aprovechando sus activos para concentrarse en lo que podían producir mejor y después intercambiaban estos productos por los productos que otros países producían mejor.

Otro postulado de la OMC es la protección contra las importaciones y las constantes subvenciones oficiales que provocan el suministro a los consumidores de productos anticuados y carentes de diseño atractivo. Si otros gobiernos aplicaran estas políticas en otros países, los mercados se acabarían contrayendo y la actividad económica se reduciría. Y el tercer postulado se centra en el proceso de reducción de aranceles, vistos como impuestos que permitían llenar fácilmente las arcas del país.

Desde el final de la II Guerra Mundial, la creación de un sistema mundial de libre comercio fue una pieza esencial de la agenda norteamericana. La apertura exterior se contempló como un instrumento que permitía a las empresas crecer en los mercados exteriores e incentivar su competitividad en los domésticos. Esta es la razón por la que Estados Unidos redujo sus barreras arancelarias y no arancelarias e incentivó al resto de los países a emprender esa misma senda. Esta estrategia ha sido un motor del crecimiento económico tanto de las economías avanzadas como de las emergentes en las últimas décadas.

En palabras de Álvarez Rubio⁴, ahora, el país *campeón* del libre comercio, Estados Unidos, se ha convertido al proteccionismo y plantea una política que podría provocar una drástica y dramática caída del comercio y del crecimiento mundial y, también, del propio país. Entre sus decisiones en materia de política exterior ha propuesto cancelar los tratados de libre comercio y ha comenzado por el TPP⁵ recientemente firmado. Ya ha comunicado que sus intenciones pasan por negociar bilateralmente con todos

³FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Principios y normas de un sistema de comercio globalizado*, en el Programa Modular en Derecho del Comercio Internacional, UNED, pp. 1-81, en especial pp. 3-6.

⁴ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Trump y la nueva diplomacia comercial*, Noticias de Gipuzkoa, <http://www.noticiasdegipuzkoa.com/2016/11/14/opinion/columnistas/bis-a-bis/trump-y-la-nueva-diplomacia-comercial>, visitada el 14.11.2016.

⁵Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica.

aquellos que quieran llevarse bien con Estados Unidos, sabedores de que su peso político y económico en este escenario global va a condicionar las relaciones comerciales mundiales.

Ahora bien, con independencia de lo que ocurra en Estados Unidos, parece que las grandes decisiones estratégicas ya no se adoptan en el marco de las negociaciones estatales sino en la dimensión privada donde los actores del comercio mundial dejan de ser los Estados y pasan a ser las empresas, las grandes corporaciones multinacionales. En este contexto globalizador, emerge un campo de análisis en el marco de los nuevos Tratados de Libre Comercio que tratan de definir las nuevas reglas de actuación en el comercio internacional, como el ya firmado CETA⁶, o el gran acuerdo de libre comercio impulsado por China (el RCEP), o el *hibernado* TTIP⁷. No debe olvidarse que la verdadera y nueva diplomacia corporativa se enmarca en la creciente consolidación de grandes oligopolios mundiales. Y es evidente que la concentración de intereses en pocas manos restringe la competencia, y la concentración nos conduce a un capitalismo en su grado más extremo.

La globalización, como señala Álvarez Rubio, despierta sentimientos extremos y contradictorios. Una economía global significa la aceleración e intensificación de la interactividad económica entre las personas, compañías y gobiernos de distintas naciones. Y en este contexto, la catarsis en las relaciones internacionales llega de la mano de los macro acuerdos facilitadores del libre comercio que consolidan la posición de los más fuertes porque favorecen su implantación en nuevos mercados que dominarán gracias a su pragmatismo comercial y su fortaleza empresarial.

Pero el fenómeno del proteccionismo no solo emerge en Estados Unidos. En Europa también. Estados como Reino Unido con el Brexit y Francia (que trata de paliar su alarmante caída de competitividad con una política casi autárquica) llevan tiempo instalados en esta dinámica de repliegue, de proteccionismo. Pase lo que pase en Estados Unidos, nuestras instituciones europeas y las internas deberán velar por la garantía de los derechos ciudadanos. Y la primera medida política ha de ser insistir en obtener toda la información en detalle para poder hacer prospección y analizar sus efectos hacia generaciones futuras.

⁶Acuerdo de Libre comercio entre Canadá y la UE.

⁷Acuerdo Transatlántico sobre libre comercio entre EEUU y Europa.

Europa no acaba de salir de una cronificada crisis económica sin precedentes. A ella se une una crisis humanitaria que hace tambalear los cimientos de la democracia y la dignidad de las personas. En este escenario convulso de alarmas terroristas y olvido de derechos fundamentales de las personas que migran emergen reivindicaciones de los mercados a través de las multinacionales que desplazan en las capacidades decisorias a los propios Estados. Reverberan a nuestro alrededor pretensiones economicistas que se intentan manifestar en forma de acuerdos bilaterales que ponen en jaque el propio sistema instaurado por la OMC. Se siente la sombra amenazante de la desintegración y el regionalismo tras el Brexit y la política agraria europea se está deslegitimando tras tantas reformas inconclusas.

La agricultura en el mundo es considerada, y debe seguir siéndolo, un sector estratégico. La Política Agraria Común (PAC) desde sus orígenes y hasta hoy ha sido una pieza clave de la construcción europea. El principio de soberanía alimentaria debería primar sobre la seguridad alimentaria y ésta a su vez sobre el mercantilismo de las supranacionales.

El modelo europeo de producción agraria establece unos estándares elevados de seguridad alimentaria, bienestar animal y protección del medio ambiente. En Europa rige el principio de precaución⁸ a través del cual la UE tiene en cuenta posibles riesgos para la salud aún cuando la información científica disponible no sea concluyente en la evaluación de ese riesgo y, por lo tanto, establece el sistema normativo en consecuencia. El modelo de producción agrario europeo se ha configurado a través de incorporar principios éticos en la producción animal y unos estándares muy elevados de seguridad alimentaria a lo largo de toda la cadena de producción de los alimentos.

La última reforma de la PAC de 2013 se inspiró en los principios de sostenibilidad social y medioambiental y pretendió fortalecer el modelo de agricultura familiar impulsando los canales cortos de distribución entre los productores agrarios y los consumidores. La realidad nos remite a un fenómeno de trasvase de ventas desde las empresas locales hacia las grandes empresas que son las que pueden mantener estructuras de costes y precios reducidos a lo largo del tiempo hasta que finalmente

⁸Declaración de Río de Janeiro, Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo, principio 15, www.un.org; Organización Mundial del Comercio, Módulo de capacitación sobre el acuerdo de medidas fitosanitarias, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_agreement_cbt_s/c8s2p1_s.htm, visitada el 15.07.2016.

eliminan la competencia local. Cuando aumenta el número de mercados, la competencia se incrementa y las empresas nacionales se ven obligadas a competir con las extranjeras. En esta pugna siempre ganan las más competitivas.

El sector agrícola viene sufriendo un descenso en los precios a los que vende sus cosechas, una mano de obra encarecida y escasa y los abonos son cada vez más caros por los altos precios de las materias primas. Se está encareciendo el agua y la energía eléctrica necesaria para el riego, las normas fitosanitarias en el seno de la UE son cada vez más exigentes y excluyentes. La crisis de liquidez está afectando a la viabilidad de las cooperativas y de los propios agricultores⁹.

En este escenario cabe preguntarse por qué el sector agrario ha sido el gran protegido por la PAC y, a la vez, se ha descuidado tanto por la Ley de competencia. La OMC declara que las ayudas a la producción deben erradicarse y, sin embargo, subsisten en detrimento de los países pobres o en vías de desarrollo. ¿Se estará llegando a una obsolescencia de la OMC que representa el multilateralismo frente al auge del bilateralismo?

Con la creación de la OMC en 1994, pareció haberse encontrado el foro idóneo en el que integrar la política de competencia. Consecuentemente, los esfuerzos en los años siguientes se centraron en explorar la viabilidad de un acuerdo multilateral entre los Estados miembros y el posible contenido del mismo. De repente, la interacción entre el comercio internacional y la política de competencia pasó a un primer plano. Sin embargo, la exclusión de los temas de competencia de la agenda de la OMC tras la Conferencia Ministerial de Cancún en 2003 puso el punto final a estos desarrollos.

Fernández Rozas¹⁰ señala que se describe a la OMC como una institución de *libre comercio* pero que no es completamente exacto. En realidad el sistema autoriza la aplicación de aranceles y, en circunstancias restringidas, otras formas de protección. Es más exacto decir que es un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones. Las normas sobre no discriminación conocidas como la *nación más favorecida* y el *trato nacional* tienen por objeto lograr condiciones

⁹LAMO DE ESPINOSA, J., “La crisis económica global y la crisis agraria española”, *Revista Mediterráneo Económico* n° 16, 2009, pp.47-8., en especial p. 68.

¹⁰FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Fundamentos económicos y jurídicos del comercio internacional*, en el Programa Modular en Derecho del Comercio Internacional, UNED, pp. 1-30, en especial pp. 15-16.

equitativas de comercio. Éste es también el objeto de las normas relativas al *dumping* (exportación a precios inferiores al costo para ganar partes del mercado) y las subvenciones. Las normas tratan de determinar lo que es leal o desleal y cómo los gobiernos pueden responder mediante la aplicación de derechos de importación adicionales calculados para compensar el perjuicio ocasionado por el comercio desleal.

Esta investigación va a realizarse tomando como eje central el sector primario para entender los obstáculos que debe sortear para evitar las distorsiones del mercado. Los actores económicos ya no son los gobiernos sino las empresas y se debe promover el libre mercado y la libre competencia. Se va a partir de la tesis de que estos instrumentos que se crearon para regular los mercados, quizás no son tan operativos y presentan fallos que habría que corregir. Quizás el Derecho de la competencia no sea tan equitativo con todos los sectores económicos. ¿Cómo es posible dedicar tantos esfuerzos y presupuestos a un sector agrícola a través de la PAC para abandonarlo después *a su suerte* en el libre mercado?

El estudio se concentra en el año 2013 cuando se aprobó la última reforma de la PAC, entró en vigor la Ley 12/2013 de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, la Ley 13/2013 de Integración asociativa y la Directiva 2014/104/UE de daños y perjuicios con objeto de analizar la operatividad de los instrumentos normativos y de control para regular el sector agrario y observar su evolución hasta nuestros días. Se va a estudiar el Derecho originario y el derivado, las Resoluciones de los órganos de defensa de la competencia, la jurisprudencia del TJUE y de órganos jurisdiccionales españoles así como las distintas corrientes doctrinales para saber qué fallos presenta el mercado con respecto al sector primario y analizar cuál ha sido la evolución de la persecución de los cárteles agroalimentarios como una de las infracciones más graves de la libre competencia en el mercado.

Analizaré cómo la aplicación pública del Derecho de la competencia está dejando paso a su aplicación privada y qué papel juega la Directiva 2014/104/UE de daños y perjuicios en España. Además, se planteará qué ley debe aplicarse y qué tribunal será el competente cuándo surgen elementos transfronterizos en las infracciones al Derecho de la competencia y, en concreto, se estudiarán las distintas opciones que tienen los agricultores ante cárteles que se constituyen dentro de la UE y que distorsionan los mercados y los precios de sus producciones.

Este estudio surge por el interés, cada vez mayor, en la agricultura de La Rioja. Tras mantener entrevistas con agricultores, cooperativas, sindicatos y organizaciones profesionales agrarias, queda claro que en la comercialización de esta producción se están vulnerando las normas del Derecho de la competencia. Los agricultores son el primer eslabón en la cadena productiva y no están organizados, su poder de negociación es escaso o nulo y año tras año sienten cómo abusan de ellos en la cadena de comercialización y venta.

Para los agricultores en general representa un éxito haber logrado que los problemas derivados de su debilidad estructural se hayan convertido en un asunto central de la agenda política europea en la última reforma de la PAC de 2013¹¹. Es en esta reforma donde adquiere importancia la relación entre la PAC y la Política de competencia. Para la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), una relación armónica entre la Política de competencia y la PAC resulta esencial para asegurar la competitividad del sector.

El Comité Económico y Social Europeo (CESE), por su parte, considera que los jóvenes agricultores serán los encargados de asumir los nuevos retos y orientar su actividad agrícola hacia los objetivos que se establezcan. Los agricultores se encuentran en una situación paradójica porque asumen nuevos riesgos, realizan más inversiones, afrontan mayores costes de producción, están mejor formados y a pesar de ello reciben los precios más bajos jamás pagados por su producción¹².

Una de las ayudas que concede la PAC¹³ es precisamente para los jóvenes agricultores activos¹⁴ considerados como aquellos hombres o mujeres menores de 40 años que gestionan una explotación agraria o ganadera en uno de los Estados miembros

¹¹COMPÉS LÓPEZ, R., “La PAC 2014-2020, las cadenas alimentarias y la organización de los productores”, Serie Economía nº 22, *Cajamar Caja Rural*, 2014, pp. 237-265, en especial pp. 237 y 238. La idea se recogía en la Comunicación de la Comisión Europea de noviembre de 2010 que, en el Objetivo 1, mencionaba la necesidad de mejorar la competitividad del sector agrícola y aumentar su cuota de valor en la cadena alimentaria ya que el sector agrícola está más disperso que otros sectores de la cadena alimentaria que están mejor organizados y tienen más capacidad de negociación.

¹²COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen sobre *El futuro de los jóvenes agricultores en Europa*, ponente NARRO, P., Bruselas, 2011, pp. 1-12, en especial p. 3.

¹³Existen muchas ayudas al sector agrario y de muy diverso tipo. Puede analizarse su heterogénea tipología en *Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector agrario*, 2000/C 28/02, DOCE 1.02.2000.

¹⁴Término introducido en la última reforma de la PAC de 2013 que ha generado bastante polémica porque exige que los agricultores estén en activo frente a los agricultores jubilados que mantienen los derechos de sus explotaciones a pesar de que realmente tienen las tierras arrendadas a otros.

de la UE. El fin último de esta ayuda es que se produzca un relevo generacional en el campo y que las personas mayores se jubilen para dar paso a los jóvenes con objeto de garantizar la agricultura, el desarrollo sostenible, el paisaje rural y el medioambiente.

Actualmente en España los jóvenes agricultores representan un 5,4 por ciento del total de mano de obra en las explotaciones agrarias, un porcentaje bastante inferior a la media europea que está entre un 7 y un 9 por ciento¹⁵. Apoyar a los jóvenes no implica marginar a los mayores, se trata de buscar un marco coherente de ayudas que posibilite la viabilidad de la actividad agrícola¹⁶. Los Estados miembros deberán concentrar sus esfuerzos en concebir mecanismos que faciliten el acceso a la tierra para los jóvenes agricultores, aportando seguridad a las fuertes inversiones que son necesarias y que suponen uno de los grandes obstáculos de su instalación¹⁷. Sin duda, cualquier medida que se adopte debe contar con el beneplácito y el apoyo del joven agricultor porque ellos son el futuro de nuestra agricultura.

Dedicarse a la agricultura y vivir de ella solo con las ayudas que concede la PAC no es factible. El campo tiene muchos gastos que provienen de las rentas de las tierras, la compra de maquinaria, el consumo de fertilizantes y pesticidas, los tratamientos que requieren los campos, la compra y la alimentación del ganado (si es una actividad ganadera), la contratación de los seguros agrarios, el pago de jornales, el consumo de gasoil y/o agua. La agricultura representa muchos gastos y tan solo se cobra un par de veces al año. Es imprescindible ser muy ahorrador y llevar una administración magistral dentro de esta economía familiar agraria¹⁸.

La mayoría de los agricultores no tiene margen de maniobra en el establecimiento del precio de sus cosechas ni en las condiciones de entrega y cobro. Los agricultores están atomizados y los mayoristas concentrados. Los precios se establecen mediante acuerdos encubiertos de los compradores-mayoristas que se distribuyen de esta manera los mercados. Estas prácticas vulneran las reglas del libre mercado y de la

¹⁵SERENO, E., *Formación para jóvenes agricultores: escasa y alejada de Europa*, El Economista, 23.02.2016, <http://www.economista.es/aragon/noticias/7369217/02/16/Formacion-para-jovenes-agricultores-escasa-y-alejada-de-Europa.html>, visitada el 10.04.2016.

¹⁶CESE, Dictamen sobre El futuro de los jóvenes agricultores en Europa, nota 12, p. 4.

¹⁷*Ibidem*, p. 9.

¹⁸Las explotaciones agrarias familiares representan el 97 por ciento del total de las explotaciones agrarias que existen en Europa. Ver Cuaderno Estadístico EUROSTAT sobre agricultura, silvicultura y pesca, que recoge los resultados del “*Estudio Comunitario sobre la estructura de las Explotaciones Agrarias*”, así como del censo agrícola realizado durante el 2009 y 2010.

libre competencia y son de muy difícil prueba. Si existe alguna prueba, a veces ni la hay, está en poder de los infractores. Por otro lado, los agricultores viven pendientes de que un solo día no les arruine la cosecha de todo un año.

En el desarrollo de su tesis doctoral, Lamo de Espinosa¹⁹ recopiló las infracciones al Derecho de la competencia en el sector agroalimentario y al contrastar la realidad que ella analizó hace ocho años y la que existe hoy se observa una situación muy similar. El Derecho de la competencia está fuertemente *sectorializado* y se concentra sobre todo en el área de las telecomunicaciones, audiovisual, transporte, sector postal y energía²⁰. El interrogante abierto es saber qué pasa con el sector agrícola. Si se analiza la doctrina y la jurisprudencia relacionada, existen muy pocos antecedentes comparados con el resto de sectores económicos que sí son abordados por la legislación de competencia. La doctrina²¹, sin embargo, considera que se ha avanzado mucho en los temas agrícolas desde el punto de vista del Derecho de la competencia pero nada comparable con los avances que se han producido en otros sectores.

La preocupación que mostraron las instituciones europeas por el mal funcionamiento de la cadena alimentaria hizo que se plantearan cómo fortalecer el poder negociador de los agricultores. Consecuencia de la Comunicación 2009/591²² que hizo la Comisión a los Estados miembros, España aprobó la Ley 12/2013, de 2 agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (LCA) que entró en vigor en 2014. Esta investigación va a intentar resolver si la LCA complementa la legislación de defensa de la competencia o si es una mera duplicidad de su contenido material. ¿Qué alcance tiene para el sector agroalimentario? ¿Qué labor desarrollan los inspectores de la Agencia de Información y Control Alimentario (AICA) y cómo se organizan competencialmente en España?

¹⁹LAMO DE ESPINOSA, P., *La defensa de la competencia en la legislación de la Unión Europea y en España y su aplicación en el sector agroalimentario*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Serie Estudios, Madrid, 2009, pp. 23-325.

²⁰Clasificación de áreas y/o departamentos que tiene la CNMC en España.

²¹DE GUINDOS TALAVERA, B., *Competencia y sector agroalimentario*, Anuario de la Competencia 2013, Fundación ICO, Madrid, 2013, pp. 231-248, en especial p. 240.

²²COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a *mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa*, COM (2009) 591 final, Bruselas, 28.10.2009.

El análisis de los instrumentos normativos y de control de la Política de competencia sobre el sector agroalimentario se va a proyectar sobre un caso práctico, como es el de la comercialización de la pera conferencia en la CCAA de La Rioja con objeto de extraer unas conclusiones que confío se puedan trasladar al resto de sectores económicos.

El *interés* en esta investigación radica en la importancia que tiene la agricultura en Europa y la pérdida de importancia estratégica que está sufriendo la misma. En los todavía veintiocho Estados miembros de la UE hay doce millones de agricultores y más de cuatro millones de personas trabajan en el sector alimentario. Los sectores agrícola y alimentario juntos representan el 7 por ciento de todos los puestos de trabajo en Europa y generan el 6 por ciento del PIB europeo²³. La agricultura representa en España un 2,4 por ciento del PIB. Hay que cuidarla y preservarla como se merece. La PAC ha protegido al agricultor, incluso en contra de lo que establece la OMC.

El presupuesto europeo/comunitario asignado a la agricultura está disminuyendo considerablemente año tras año. Durante sesenta años, la PAC ha realizado un esfuerzo económico por proteger a un sector que, a la vez, estaba debilitándose como eslabón en la cadena alimentaria. Es un sinsentido. La PAC lo protege y el mercado lo convierte en vulnerable.

Parece conveniente preservar la economía agraria familiar velando por la seguridad y la soberanía alimentaria aunque, tras el debate de la *cuestión agraria*²⁴, seguramente sean conciliables ambos modelos de agricultura, la familiar y la industrial. Las instituciones europeas, no obstante, promueven la defensa de la agricultura familiar a pesar del injusto reparto de las ayudas de la política agraria que asigna el 80 por ciento del presupuesto al 20 por ciento de los productores, los latifundistas.

Si esta realidad se observa bajo el prisma de las normas de defensa de la competencia cabe apreciar una conexión evidente entre la producción agraria, las infracciones a la ley de defensa de la competencia, las infracciones a la ley de la cadena alimentaria, la debilidad del sector primario y la agricultura insostenible que hace que se intenten aprobar unas medidas específicas para reparar los daños que se provocan en el

²³COMISIÓN EUROPEA, *Comprender las políticas de la Unión Europea: Agricultura, Una Asociación entre Europa y los agricultores*, Bruselas, 2014, pp. 1-16, en especial p. 4.

²⁴COMPÉS LÓPEZ, R., *op.cit.*, nota 11, pp. 242-247.

sector agrario. A todo ello se une la amenaza de la gran distribución y los mayoristas que están cada vez más concentrados y presionan en los márgenes comerciales sin revertir esas bajadas de precios en los consumidores.

El sector agrícola se resiente porque sus cosechas se venden cada vez más baratas mientras que la mano de obra y los abonos se encarecen. Asimismo el precio del agua y la electricidad aumenta y la normativa europea es cada vez más exigente. Existe una ausencia de liquidez en los créditos y todas estas causas revierten negativamente en las explotaciones agrarias.

Es preciso analizar los instrumentos vigentes para estudiar su operatividad como alternativas válidas. Se observa la necesidad de que los pequeños agricultores se agrupen para defender mejor sus intereses pero hay que analizar si realmente pueden hacerlo, cómo y bajo qué forma jurídica. Hay que preguntarse también si la promoción de la calidad de los productos agrarios actúa de estímulo en la protección de la agricultura dentro y fuera de nuestras fronteras.

No existen muchas investigaciones centradas de forma específica y exhaustiva en la defensa de la competencia en el sector agroalimentario. Las autoridades de la competencia consideran que a la agricultura se le deben aplicar las normas de competencia íntegramente de la misma manera que al resto de sectores económicos. Sin embargo, con la entrada en vigor del Reglamento nº 1308/2013, de 17 de diciembre²⁵, por el que se crea la Organización Común de Mercados Agrarios (OCMA), se reconocen dos excepciones agrarias aunque, en realidad, son de muy difícil aplicación práctica.

Una de las cuestiones complejas que esta investigación plantea es cómo se debe aplicar la ley para proteger *simultáneamente* la agricultura y el libre mercado sin menoscabar ninguno de los dos. En el Derecho europeo rigen los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, pero cuando las normas de competencia entran en conflicto con la PAC debe precisarse cuál de las dos prevalece.

²⁵Reglamento por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos nº 922/72, nº 234/79, nº 1037/2001 y nº 1234/2007. Publicado en el DOUE el 20.12.2013.

El legislador establece en el artículo 42 del TFUE que los objetivos de la PAC previstos en el artículo 39 TFUE son prioritarios a la aplicación de las normas de competencia porque *las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo*. Por lo tanto, el propio artículo 42 del TFUE determina que el Parlamento Europeo y el Consejo tienen la capacidad de especificar qué reglas del Derecho de la competencia se aplicarán a la producción y el comercio de los productos agroalimentarios que, en todo caso, no podrán contravenir los objetivos de la PAC previstos en el artículo 39 TFUE.

También se estudiará la descentralización de la política de competencia en España como Estado miembro y de las Comunidades Autónomas (CCAA) que hayan hecho uso de las prerrogativas que les concedió la sentencia del TC 208/1999, de 11 noviembre, en donde se atribuían competencias en materia de competencia a aquellas Comunidades que lo hubieran recogido expresamente en sus Estatutos de Autonomía. De las diecisiete CCAA que existen en España, solo una de ellas no ha asumido todavía ningún convenio de colaboración con el órgano nacional representado por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (CNMC). Se defenderá la hipótesis de que es necesario descentralizar los órganos de defensa de la competencia para el correcto ejercicio y funcionamiento de la misma.

Se analizarán antecedentes de los cárteles que se han constituido en el sector agroalimentario como es el caso de las semillas de girasol, los plátanos, el azúcar, las setas y los champiñones, las gambas (incluido en este estudio por tratarse de la pesca como sector primario) y, por último, la leche. Se observará como la aplicación pública del Derecho de la competencia en Europa está dando paso a la aplicación privada del mismo. Esta nueva realidad obliga a que los programas de clemencia y las reclamaciones de daños y perjuicios sean compatibles y estén obligadas a entenderse sobre todo cuando, a día de hoy, en España existe el reto de transponer la Directiva 2014/104/UE de daños que debía haberse traspuesto el 27 de diciembre de 2016 y aún no se ha hecho. La Comisión autorizó el funcionamiento de los programas de clemencia como mecanismo para descubrir los cárteles y, por otro lado, reconoce el derecho que

tiene todo particular, empresa u organismo público²⁶ a reclamar los daños y perjuicios por la vía civil de los daños que le ha podido ocasionar el funcionamiento del cártel.

Otro tema importante es el alcance de las reclamaciones colectivas cuyo origen se encuentra en Estados Unidos y que están adquiriendo un protagonismo singular en la actualidad española ¿Es una herramienta que podrán utilizar los agricultores españoles que hayan sufrido las consecuencias y los daños de un cártel?

A su vez, si se ha producido una infracción del Derecho de la competencia y además existe un elemento transfronterizo, resulta obligado tener que precisar qué ley resulta aplicable, qué tribunal será el competente y cómo delimitar la norma aplicable dentro de los diferentes bloques normativos (europeo, internacional-convencional o interno) potencialmente invocables. Los Reglamentos Bruselas I bis, Roma I y Roma II intentarán aportar soluciones útiles para resolver esas y otras cuestiones abiertas ante un escenario de aplicación práctico complejo.

Dentro del *objeto de estudio*, se observará la incidencia que ha tenido la PAC y sus constantes reformas en la conformación política de la UE ¿Puede someterse una política proteccionista e intervencionista como es la PAC a las reglas del libre mercado como defiende la Política de competencia?; ¿Se protege más a los agricultores si se les exime del cumplimiento de las normas de competencia?; ¿Cómo deben relacionarse ambas políticas en este escenario europeo y, cada vez, más global?

¿Por qué los ganaderos y los agricultores españoles siguen siendo el *permanente* escalón débil en la cadena alimentaria?; ¿Qué alcance va a tener en España la Ley 12/2013 de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria?; ¿aporta valor a la actual legislación de competencia o se trata de una duplicidad normativa?

Para intentar prevenir y reducir los cárteles en la UE, se aprobó la Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel²⁷. Los programas de clemencia están resultando un éxito ¿Cómo proteger a los

²⁶A este respecto es muy interesante la sentencia del TJUE de 6 noviembre de 2012, asunto C-199/11, caso *Otis*, donde la demandante de los daños y perjuicios es la propia Comisión Europea contra las empresas de ascensores Otis y Thyssen por repartirse el mercado de instalación de ascensores en los edificios de las instituciones europeas e influir, de esta manera, en los precios resultada perjudicada económicamente por su actuación.

²⁷COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*, DOUE 8.12.2006.

particulares que reclaman daños sin perjudicar la efectividad de los programas de clemencia?

Se analizará el DIPr cuando existan infracciones al Derecho de la competencia y siempre que exista un elemento transfronterizo. Se estudiará la viabilidad de las reclamaciones colectivas en el caso concreto de la comercialización de la pera conferencia en la CCAA de La Rioja.

En un contexto global caracterizado por una verdadera liberalización de los mercados mundiales, las formas de relacionarnos comercialmente están cambiando, y cabe preguntarse quién está detrás de las decisiones estratégicas que conforman el mercado mundial. Parece que los actores del comercio mundial dejan de ser los Estados y pasan a ser las empresas, las grandes corporaciones multinacionales. El Derecho internacional público se ve desplazado por el DIPr como sector ordenador de las grandes decisiones geoestratégicas. Como ejemplo cabe citar las nuevas rutas marítimas del comercio mundial por contenedores tras la ampliación del Canal de Panamá, un factor estratégico y clave que viene fijado por los operadores líderes del sector y no por decisiones gubernamentales²⁸.

²⁸ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *op.cit.*, nota 4.

Entre el elenco de los *objetivos* de la presente investigación doctoral cabe enunciar los siguientes:

- Estudiar el alcance de la PAC como política común y eje vertebrador político de la UE.
- Analizar el futuro de la OMC como organismo de comercio multilateral.
- Investigar la relación entre la PAC y el Derecho de la competencia.
- Defender la necesidad de descentralizar los organismos de defensa de la competencia.
- Analizar las infracciones al Derecho de la competencia en el sector agrario. Estudiar los cárteles en relación a productos del sector primario: las semillas de girasol, los plátanos, el azúcar, las gambas, las setas y los champiñones y la leche.
- Compatibilizar la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia.
- Analizar la transposición de la Directiva 2014/104/UE en España y cómo puede afectar a los programas de clemencia.
- Proponer las acciones colectivas en Europa como herramienta para reparar los daños de una colectividad determinada.
- Discernir la legislación aplicable y la competencia judicial internacional cuando hay infracciones a las normas de competencia en un contexto transfronterizo.
- Profundizar en la LCA y la AICA para controlar los abusos que se producen en la cadena alimentaria ¿Es un complemento a la ley de competencia o se están duplicando esfuerzos? ¿Quedan claras las funciones y las competencias de las respectivas autoridades? ¿Se podría considerar la LCA como una ley internacionalmente imperativa desde el punto de vista del DIPr? Analizar las sentencias recientes del TJUE en el asunto C-184/12 caso *Unamar* y el asunto C-135/15 caso *Nikiforidis*.
- Proponer el asociacionismo (cooperativismo) para defender los derechos de los agricultores.
- Reconocer la importancia que tienen los programas de calidad de la UE.

La Estructura de la tesis doctoral persigue definir el alcance y objetivos de cada uno de los capítulos en que se estructura la investigación. La introducción contextualiza toda la investigación teórica en un marco de economía de mercados e intenta presentarlo con noticias políticas de máxima actualidad. Describe los objetivos que se persiguen y el camino que va a seguir la autora.

El Capítulo I sigue una estructura que analiza, por un lado, las distintas reformas de la PAC en paralelo a las rondas de negociaciones de la OMC con objeto de observar si se influyen mutuamente con objeto de intentar conformar las políticas comerciales mundiales. Por otro lado, plantea el interrogante de si deben prevalecer las relaciones bilaterales frente al fracaso de las negociaciones multilaterales en un escenario en el que los Estados pierden soberanía y la ganan las multinacionales. Parece claro que los movimientos políticos, gubernamentales y económicos están plagados de intereses privados que todo lo mueven.

El Capítulo II y el Capítulo III desarrollan todas las cuestiones importantes relacionadas con la Política de competencia que actúa como eje y denominador común de ambos capítulos.

En el Capítulo II primero se analiza la evolución histórica de la Política de competencia para continuar con las excepciones agrarias. Se reflexiona sobre cómo interactúan dos políticas que se han creado a la vez en el tiempo pero que, sin embargo, son muy dispares, precisamente en un momento en que la PAC se está deslegitimando y la Política de competencia adquiere fuerza. Un apartado entero se dedica a la necesidad de descentralizar los órganos de defensa de la competencia en España. Por último, se presentan los antecedentes inmediatos de los cárteles que afectan al sector agroalimentario. Se analiza con más detenimiento el sector lácteo porque la extinción de las cuotas lácteas unida a la situación que atraviesan los ganaderos en Europa representa un antecedente importante que va a permitir entender mejor al sector frutícola español con el que cerraré esta investigación.

El Capítulo III se centra en las infracciones al Derecho de la competencia. En primer lugar, se presenta la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia como dos maneras de preservar la Política de competencia. La aplicación pública se

basa en el trabajo que realizan las autoridades administrativas de defensa y promoción de la libre competencia y la aplicación privada remite a los juzgados de lo mercantil donde se pueden reclamar los daños y perjuicios que causan las infracciones al Derecho de la competencia. Se explica su conexión y qué alcance tiene la aplicación privada sobre los programas de clemencia que están plenamente operativos y es el mejor instrumento que tiene la administración para descubrir los cárteles. Se incide sobre la Directiva 2014/104/UE de daños y sobre las posibilidades que presentan las acciones colectivas cuando se habla de daños que se han producido a una colectividad de sujetos determinados.

En la segunda parte del capítulo III, se desarrolla someramente la dimensión más iusinternacionalprivatista en relación con el alcance de las infracciones en materia de competencia para calificar, en primer lugar, cuándo nos encontramos ante una materia contractual o extracontractual y según este criterio, qué legislación se aplicará o cual será el tribunal competente para conocer de las actuaciones que conlleven infracciones a la libre competencia cuando exista algún elemento transfronterizo. Además, se valora qué normas pueden tener la consideración de normas materiales imperativas o no según lo que establece el artículo 9 del Reglamento Roma I.

El Capítulo IV tiene como eje la Ley 12/2013, de 2 agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria que entró en vigor en 2014, coincidiendo con la última reforma de la PAC. Resulta obligado detenerse en esta nueva ley cuando se está analizando el sector frutícola español y las relaciones que existen entre la PAC y la Política de competencia. Tras una breve evolución histórica que justifica su creación, se analiza la relación que guardan la legislación de competencia y la ley de la cadena alimentaria. Asimismo, se realiza un pequeño análisis en paralelo del trabajo que realizan los inspectores de la AICA frente a los inspectores de las autoridades de defensa de la competencia. Para cerrar el capítulo, se estudia la legislación aplicable a los contratos de la cadena alimentaria.

El Capítulo V analiza, al hilo del desarrollo teórico de toda la investigación doctoral, un caso concreto como es la comercialización de la pera conferencia en la CCAA de La Rioja. Tras exponer algunas nociones importantes acerca de la producción de la pera conferencia, se hace un breve análisis de la importancia que tiene este cultivo en el mundo, en Europa, en España y en La Rioja. En concreto, el mercado riojano tiene

algunas singularidades como es una Denominación de la Origen Protegida en la región y un tejido agrícola compuesto por cooperativas, sociedades agrarias de transformación y organizaciones profesionales. Asimismo, en términos competenciales, no existe órgano autonómico de defensa de la competencia en La Rioja lo que plantea problemas en el ejercicio y la aplicación de la legislación de competencia. Se analizan todas las infracciones que se observan de la ley de competencia, de la ley de la cadena alimentaria y otras leyes que afectan a la comercialización de este producto. El objetivo es intentar analizar su realidad, conocerla de cerca y proponer una batería de medidas con objeto de aliviar esta presión en los precios que sufren los agricultores año tras año. ¿Serán las reclamaciones colectivas una opción válida para los agricultores riojanos?

Por último, se extraen las conclusiones de la investigación que pretenden dar respuesta a los objetivos inicialmente planteados. Estas conclusiones nacen con la pretensión de ser trasladables a otros sectores económicos. A continuación, seguirá la bibliografía y las fuentes complementarias que se han utilizado para elaborar esta tesis doctoral.

CAPÍTULO I. LA EVOLUCIÓN DE LA PAC Y LA OMC

La Política Agraria Común se aprobó en el Tratado de Roma en 1957 por exigencia de Francia que, al ser uno de los miembros fundadores de la CEE tras la II Guerra Mundial²⁹, planteó la necesidad de creación de una política agrícola en la CEE que hiciera frente al desarrollo industrial que tenía Alemania en aquel momento. Hubo muchas razones, pero sin duda el peso que tuvo Francia fue crucial al tener un vasto territorio destinado a la agricultura, ser un miembro fundador de la CEE y con posibilidad de paralizar todo el proceso si se oponía. Por eso, la PAC es considerada la política primigenia de la CEE (hoy UE) y la evolución de la PAC puede considerarse que ha ido de la mano de la propia evolución política y económica de la Unión Europea.

La PAC se aprobó en 1957 y aún hoy, sesenta años después, continúa en funcionamiento. El presupuesto asignado a esta política se ha ido reduciendo con el paso de los años porque en sus inicios llegó a representar casi el 75 por ciento del presupuesto de la UE y hoy en día no llega a un 40 por ciento³⁰. De esta manera, se da cabida a nuevas políticas europeas que exigen que se les preste atención y se les asignen recursos económicos.

La actual PAC ha pasado por seis reformas importantes. Los treinta primeros años de vigencia de la PAC, de 1962 a 1992, se caracterizaron por una gran hambruna y escasez en sus primeros años que dieron paso a una política productivista que generó muchos excedentes. Con la reforma McSharry de 1992 se apreció una recuperación económica que hizo que las preocupaciones recayeran en el medioambiente y la cohesión económica y social. Empezó a inquietar la preocupación de ser competitivos en los mercados agrarios mundiales.

La Agenda 2000 añadió a la preocupación por la agricultura otros conceptos como la calidad, la competitividad, el desarrollo rural y la seguridad alimentaria siempre preservando un modelo productivo que respetara el medioambiente.

²⁹ Alemania e Italia habían sido derrotadas y Reino Unido decidió no sumarse a la creación de la CEE.

³⁰ SCHÜTZE, ROBERT, "Reforming the CAP: from vertical to horizontal harmonization", *Yearbook of European Law* N° 28, 2009, pp. 337-361.

La reforma Fishler de 2003 introdujo los principios de disciplina financiera y flexibilidad presupuestaria en un momento histórico-político sin precedentes porque se avecinaban ya las grandes ampliaciones en la UE. En esta época, la PAC adoptó medidas para promover la productividad, la competitividad, la sostenibilidad, el desarrollo rural, la protección del consumidor y se intentó compatibilizar el sistema agrícola europeo y las medidas de la OMC³¹. En esta reforma ya esbozan tímidamente los temas que van a enmarcar esta tesis doctoral. Por un lado, y por primera vez, ya sobresale la preocupación por proteger al consumidor de los productos agrícolas, inquietud que comparte la PAC y la política de competencia. Por otro lado, existe la preocupación de hacer compatibles dos sistemas, el sistema agrícola europeo y el sistema de la OMC. Este último considera que deben eliminarse las prácticas desleales al comercio como son las subvenciones a la exportación o el dumping de los precios. La realidad demuestra que las ayudas subsisten en el sistema agrario europeo y son consentidas por la OMC.

La reforma de 2008 o del *chequeo médico* nació con la pretensión de ser una reforma intermedia y fue muy importante porque se inició con una crisis alimentaria sin precedentes y finalizó en una crisis económica de la que aún no nos hemos recuperado. Esta reforma se centró en la gestión de los riesgos. Y por último, la reforma actual de 2013 que tenía prevista una revisión intermedia en 2016 que no se ha realizado y será la reforma sobre la que se apoya el objeto de esta investigación.

Los objetivos de la PAC han permanecido inalterados desde que se definieron en el Tratado de Roma en 1957 y apenas han sufrido cambios hasta nuestros días que aparecen recogidos en el artículo 39 del TFUE. Los objetivos de la CEE eran y son crear una unión aduanera, establecer un mercado común y reconocer cuatro libertades fundamentales como son la libre circulación de personas, servicios, capitales y mercancías entre los países que conforman la UE. Una de ellas, la libre circulación de mercancías, se reconocerá con bastante antelación frente a las demás que deberán esperar unos años más.

³¹CELMA ALONSO, P., “La seguridad alimentaria y el comercio de productos agrícolas de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* n° 26, 2014, pp. 191-224, en especial p. 196.

I. Los primeros treinta años de convergencia de la PAC, de 1962 a 1992

La II Guerra Mundial acabó en 1945 y se inició la guerra fría. Los Estados tienen la necesidad de *hacer algo* para evitar confrontaciones futuras y promover la cooperación entre los países. Se crea la Organización de la Naciones Unidas (ONU) en 1948. En 1950, con la Declaración Schuman, se propone un plan de recuperación económica que pretende, en última instancia, que los Estados se reconcilien. Con la firma del Tratado de París en 1951, se crea la CECA. El 25 marzo de 1957 se celebra el Tratado de Roma y con él, se crea la CEE y el EURATOM. Estrictamente hablando, los orígenes de la actual Unión Europea están en el carbón y el acero.

Consecuencia del momento histórico que vive Europa, la población está empobrecida, desnutrida, sin acceso a los alimentos, con ciudades devastadas y escasos recursos. Los artículos 38 a 47 del Tratado de Roma prevén la creación de una Política Agraria Común, política que se consolidará en 1962. El objetivo de la PAC será la seguridad alimentaria, objetivo que irá evolucionando con las sucesivas reformas de la misma hacia la eficiencia y la competitividad en los mercados mundiales e irá asumiendo nuevos retos con el paso de los años, consecuencia de las necesidades que van surgiendo y de las demandas ciudadanas porque la seguridad alimentaria es un objetivo que rige la política comunitaria y las relaciones comerciales.

Tras la II Guerra Mundial se impulsó la industrialización que perseguía abaratar la alimentación de la población urbana e industrial, reducir los costes a la industria y promocionar los productos agrarios. Se instauró la unidad de mercado que permitió una liberalización interna, la preferencia comunitaria que convirtió a esta política en proteccionista y el principio de solidaridad financiera en un momento en que todo el presupuesto provenía de las arcas comunitarias.

La European Free Trade Association (EFTA) se creó en 1960 para competir políticamente con la CEE. El precursor de esta Asociación fue Reino Unido que se mostró hostil ante la creación de la CEE. Desde 1957, Reino Unido se encargó de buscar socios o aliados a su causa. A lo largo de la historia de la creación de la UE y la aprobación de sus políticas, se observa cómo el Reino Unido siempre ha sido el elemento disidente, disuasorio, independiente y amenazante que hace pender de un hilo la integración europea. Reino Unido decidió entrar en la Comunidad Europea (CE) sólo

cuando se dio cuenta de que dentro tenía más influencia que fuera para proteger sus intereses nacionales, lo que explicaría su visión peculiar y minimalista a la hora de entender el proyecto de integración.

Las negociaciones empezaron en 1971 y la entrada de Reino Unido, junto a la de Dinamarca e Irlanda, se produjo en 1973. Reino Unido entró así en la CE cuando el proceso de integración llevaba dos décadas en marcha. En 1975 se convocó un referéndum sobre la permanencia de Reino Unido en la CE, en el que los votos a favor casi duplicaron los negativos. El tratado de Maastricht en 1992 reconoció un *opt-out* para Reino Unido en los nuevos aspectos de la política social europea, recogido en un protocolo en el que se permitía a los restantes socios comunitarios avanzar en esta área sin Reino Unido, así como un *opt-in* en política monetaria, conforme al cual su paso en 1999 a la tercera fase del proceso no sería automático. A día de hoy, el debate se centra en la ejecución del artículo 50 del TFUE que se redactó pensando que nunca iba a ser necesario su uso y sin embargo está conduciendo inexorablemente a un Brexit duro del que se quieren desvincular Escocia y Gales. El Brexit, qué duda cabe, hace que el proceso de integración de la UE se tambalee.

Al regresar a los primeros treinta años de convergencia de la PAC se observa que en 1970 hubo una crisis económica internacional que demostró el agotamiento de la etapa expansiva iniciada tras la II Guerra mundial. En este momento, adquirieron mucha importancia las políticas públicas. Si durante la Guerra fría el comercio mundial manifestó una realidad inequívoca: su elaboración en los centros de decisión política de Estados Unidos a través del denominado *unilateralismo* en las relaciones económicas internacionales, tras la creación de la OMC con la Ronda de Uruguay en 1986 apareció una fuerte corriente multilateralista. Como señala Fernández Rozas, para que dicha corriente se consolide como un principio universalmente aceptado, tiene que ser un multilateralismo auténtico, equilibrado y democrático. Muchos de los problemas por los que atraviesa el sistema multilateral de comercio están vinculados a la multiplicación del número de sus miembros³².

³²FERNÁNDEZ ROZAS, J.C, *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 77-78; SOLER MONTIEL, M., “OMC, PAC y globalización agroalimentaria”, *Viento Sur* n° 94, 2007, p. 37.

Y es que, efectivamente, en la Ronda de Uruguay de 1986 se exigió la eliminación de las trabas al comercio internacional. La agricultura se incorporó por primera vez a las negociaciones de liberalización comercial porque, en el antecedente inmediato que fue el GATT³³, en Ginebra en 1947, se había excluido expresamente a la agricultura. La Ronda de Uruguay duró 7 años y medio y fue la mayor negociación comercial que haya existido y la negociación de mayor alcance, de cualquier género, de la historia de la humanidad. El éxito de la misma se alcanzó por la reducción de aranceles, las medidas anti-dumping, la inclusión de la agricultura y los servicios y la creación de la OMC. Es decir, se produjo un choque entre las medidas que estaba adoptando la PAC y las que promulgaba la OMC. Las negociaciones se caracterizaron por enfrentamientos entre la liberalización del comercio de dichos productos liderada por Estados Unidos y la UE como defensora de su política agrícola.

La realidad es que en los primeros años de aplicación de la PAC hay escasez de alimentos y desabastecimiento. Todas las medidas de la PAC se dirigen a paliar esa situación y se adoptan políticas para aumentar la producción de alimentos, asegurar unos precios razonables a los agricultores y ganaderos y se implantan medidas proteccionistas que lo que persiguen es que todos los ciudadanos europeos tengan acceso a los alimentos y no vuelvan a pasar hambre. Se aplica el principio de preferencia comunitaria frente a los productos que vienen de fuera.

Esta situación gira 180 grados. La mayor parte del presupuesto de la PAC se destina a frenar la producción, canalizar los excedentes, almacenar alimentos y evitar la intensificación de las tierras. Es decir, ninguna de estas medidas beneficia directamente al agricultor. La mayor parte del presupuesto se invierte en frenar una producción que previamente se ha impulsado con ayudas. Se pasa de una etapa de escasez y hambruna a una etapa de sobreproducción, excedentes y un gasto público desmesurado en dar salida (a través de intervenciones públicas, ayudas a las exportaciones y almacenaje público) a una producción que no se consume en la CEE y que tampoco es demandada fuera. Se pasa de una etapa de escasez *a montañas de mantequilla y lagos de leche*. La

³³El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) es el antecedente de la OMC. Se creó en Ginebra en 1947 y excluía a la agricultura explícitamente. La agricultura se introdujo por primera vez en la Ronda de Uruguay de 1986.

producción aumenta un 2 por ciento anual desde 1973 hasta 1988 y el consumo solo crece un 0,5 por ciento anual³⁴.

Los agricultores no atienden a los nuevos requerimientos y solo piensan en producir más. Las tierras se están desgastando por la intensificación y hay una saturación de todo. El 80 por ciento del presupuesto del FEOGA-Garantía va a parar al 20 por ciento de los agricultores. La PAC tiene muy mala opinión pública y poca legitimidad. Se deben justificar las medidas y los gastos.

Las pretensiones del Plan Manshold, en 1968, fracasaron por lo ambiciosas. Se produjo un choque de realidades. En el primer pilar de la PAC, la preocupación recaía en la reducción de los gastos que acarreaba mantener los excedentes como forma de legitimar la política comunitaria por excelencia. Desde el segundo pilar de la PAC se seguía impulsando la modernización de las explotaciones agrarias. Como respuesta a esta situación, el *Plan Agricultura 1980* (como también se llamó) propuso reducir la población activa agraria, abandonar las tierras, pasar de la agricultura familiar a la industrial y reducir los precios. Se estaba atentando a las bases mismas de la política primigenia de la Comunidad Europea.

Fue necesario establecer controles a la producción de determinados rendimientos agrarios. Primero se establecieron controles al azúcar y este mismo esquema de cupos se trasladó al sector lácteo aprobando las cuotas lecheras en 1984. España se adhirió a la CEE en 1986, coincidiendo con la firma del Acta Única Europea y la creación del Mercado Único. El peaje de aceptar las cuotas lácteas fue uno de los más caros que tuvo que pagar España con el sector agrario-ganadero por pertenecer a la ya Unión Europea. Al validar las cuotas lácteas o cupos de producción de leche por país, España aceptaba producir una cantidad de leche que era inferior al consumo interno del propio país. Permitió que el 30 por ciento de su consumo doméstico de leche fuera producido por otros países como Francia, Holanda y Alemania donde casualmente los piensos y los alimentos de las vacas son más baratos que en España. En mi opinión, este fue uno de los primeros fallos que, a día de hoy, treinta años después de que se implantara este sistema y cuando el sistema de cuotas lácteas en la UE fue suprimido en marzo de 2015, sigue pasando factura a los ganaderos españoles.

³⁴COMISIÓN, Comunicación al Consejo sobre *Evolución y futuro de la PAC*, documento de reflexión, COM (91)100 final Bruselas, 1991, pp. 1-22, en especial p. 2.

España se incorporó a la Organización Común de Mercado de la leche (OCM) en el mismo momento de su adhesión a la UE en 1986 pero la cuota láctea se comenzó a aplicar en la campaña 93/94³⁵. Al concedérsele a España las cuotas lácteas relativas al 70 por ciento de su producción real, esto explica que España rebasara tantos años seguidos la producción láctea porque fue difícil (por no decir imposible) de un año a otro, dejar de producción un 30 por ciento de lo que se producía en el país.

Como conclusión, la restricción cuantitativa por cuotas sin valorar lo que consume un país es un error porque habrá países que consuman más de lo que produzcan (España) y no podrán producir más. Otros países, sin embargo, producirán más litros que los que consumen internamente como ocurre con Francia.

Esta primera reforma de la PAC acaba con un momento histórico importante que representa el final del comunismo con la caída del muro de Berlín en 1989 y la reunificación de las dos *Alemanias* en 1990. La República Federal Alemana, con 80 millones de habitantes y el 30 por ciento del PNB de la Comunidad Europea, se convierte en una potencia que supera claramente a Francia y a Reino Unido en poderío económico. Esta incorporación de la Alemania Oriental (RDA), de la Alemania unificada a la UE tendrá una repercusión en la política agraria y en el nuevo escenario de pesos políticos pesados y apoyos diplomáticos entre los países fundadores de la UE. La Alemania Federal era eminentemente agrícola.

Con el Acta Única Europea, en 1987, se persigue el objetivo de mayor cohesión económica y social entre los países miembros. Se crean los Fondos estructurales: FEOGA, FSE y FEDER. El apoyo a estos Fondos es decisivo para el funcionamiento de la PAC y la creación del segundo pilar de la PAC: el desarrollo rural.

El término gobernanza empieza a escucharse tras la caída del muro de Berlín. La gobernanza descentralizada geográficamente comienza a cobrar relevancia como práctica comunitaria en los años 80 con la PAC y las políticas de cohesión dirigidas a las regiones más desfavorecidas. Se presenta como una buena oportunidad para reforzar

³⁵REDONDO CARDEÑA, P., *¿En qué consisten las cuotas lácteas?*, INEA Escuela Universitaria Ingeniería Técnica Agrícola, Valladolid, 2001, www.inea.uva.es.

el fenómeno de la regionalización³⁶. Representa una forma de gobierno multinivel que supera a los propios Estados, consecuencia de la globalización.

II. La Reforma McSharry de 1992

Durante la Reforma McSharry se firma el Tratado de Maastricht en 1992. La CEE pasa a denominarse Unión Europea (UE) y se crea el Mercado Único. El Tratado de Maastricht se convierte en el Tratado de la Unión Europea (TUE). Es *la Europa de los quince*, debido a la adhesión de tres países que pertenecían a la EFTA³⁷. En 1995, coincidiendo con el nacimiento de la OMC, entran en vigor los acuerdos Schengen.

Se produce una recuperación económica en Europa. Las preocupaciones ahora ya no son estrictamente alimentarias sino que recaen también sobre el medioambiente y la cohesión económica y social. El agricultor es productor de alimentos y defensor del medioambiente en un momento en que adquieren importancia las campañas de promoción de la calidad. La reforma McSharry presenta ventajas importantes para la PAC como son la reducción de los precios de garantía de los alimentos, la recuperación del mercado interior, la reabsorción de excedentes y el control del gasto presupuestario.

Esta reforma se realizó bajo presiones internas por el enorme coste económico que representaban los excedentes y la preocupación del impacto ambiental de los mismos y bajo presiones externas que provenían de la Ronda de Uruguay de 1986.

Los objetivos de la PAC se centraron en reducir la producción, los excedentes y el gasto, garantizar la seguridad y la calidad de los alimentos, preservar el medioambiente, mantener las rentas de los agricultores, tener competitividad internacional y eficiencia productiva. La ampliación de la política de desarrollo rural estaba amparada por las normas de la OMC porque el objetivo último era conseguir un éxodo al campo en un momento histórico en que el 70 por ciento de la población vivía en las áreas urbanas. Lo que parece claro es que la UE no estaba dispuesta a dismantlar sus apoyos a la agricultura. Es una potencia agrícola y ejerce control sobre los sistemas agroalimentarios mundiales.

³⁶HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E., *Marco institucional y proceso político en la UE: Equilibrio institucional en un sistema de gobernanza multinivel*, Historia Instituciones europeas y sistema de gobernanza UE, 2011, pp. 1-16.

³⁷Austria, Finlandia y Suecia se adhieren a la UE en 1995.

En esta reforma influyó la celebración de la Cumbre de Río en 1992 donde se acuñó el término *desarrollo sostenible* cuya antesala fue el Informe Brundtland³⁸. Se pretendía analizar cómo el desarrollo económico dañaba los recursos naturales y el medioambiente.

En el Acta del Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994 se aprobó el funcionamiento de la OMC que tenía como objetivo poner en práctica los acuerdos multilaterales y entre ellos, un marco favorable a la liberalización progresiva de la agricultura. La OMC es un lugar al que acuden los gobiernos miembros para intentar resolver sus diferencias comerciales. No se dedica solo a la liberalización del comercio y, en determinadas circunstancias, sus normas promueven los obstáculos al comercio cuando se trata de proteger a los consumidores o impedir que se propaguen enfermedades³⁹.

La OMC es el único órgano internacional que se ocupa de las normas que regulan el comercio entre los países. Su núcleo está constituido por los Acuerdos que son las reglas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Los acuerdos de la OMC se inspiran en los principios que caracterizan el sistema multilateral de comercio como son la no discriminación, comercio más libre, políticas previsibles, promoción de la competencia y disposiciones especiales para los países menos adelantados⁴⁰. Todos los acuerdos de la OMC afectaban a la agricultura. El sector agrícola presenta la particularidad de contar con un acuerdo específico que se conoce como Acuerdo de Agricultura cuyas disposiciones prevalecen sobre las demás. También existen los Acuerdos SPS sobre medidas sanitarias y fitosanitarias y el Acuerdo ADPIC sobre derechos de propiedad intelectual respecto a la protección que se conceden a las indicaciones geográficas. Todos ellos vinculan a la agricultura.

³⁸El informe fue elaborado por distintas naciones en 1987 para la ONU, por una comisión encabezada por la doctora Brundtland. En este informe, se utilizó por primera vez el término desarrollo sostenible (o desarrollo sustentable), definido como aquel que *satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones*. Implica un cambio muy importante en cuanto a la idea de sustentabilidad, principalmente ecológica, y a un marco que da importancia al aspecto económico y social del desarrollo.

³⁹FERNÁNDEZ ROZAS, J.C, *Estructura institucional universal del derecho del comercio internacional*, en el Programa Modular en Derecho del Comercio Internacional, UNED, pp. 1-66, en especial p. 3.

⁴⁰*Ibidem*, pp. 21-25.

Los países desarrollados que pertenecían a la OMC se comprometieron a aplicar reformas de sus políticas agrícolas en el periodo 1995-2000. Dentro de los países desarrollados figuraban Estados Unidos, Canadá y Australia y todos ellos tenían políticas proteccionistas que favorecían a su sector agrícola. La realidad es que estas reformas de las políticas agrarias de los países proteccionistas nunca se ejecutaron como acordaron los países ante la OMC y continuaron protegiendo a sus agricultores.

En el Acuerdo de Agricultura de Marrakech, los países desarrollados asumieron la obligación de aceptar los productos agrícolas que venían de fuera y eliminar las restricciones a la importación (excepto aquellas que se adoptaran por razones sanitarias), reducir el apoyo doméstico a los subsidios y reducir los subsidios a la exportación. En mi opinión, todas estas medidas son insuficientes porque deberían haberse suprimido por completo y no parcialmente. Lo opuesto es favorecer el trato discriminatorio, la desigualdad y el hambre en el mundo.

Para la UE, la OMC era tan importante que incluso creó una Unión Interparlamentaria para supervisar el trabajo que realizaba la organización. Los aranceles fueron reduciéndose⁴¹. Las ayudas a las exportaciones pasaron de un 29,5 por ciento en 1993 a un 0,3 por ciento en 2012. La ayuda interna de las cajas ámbar y azul pasó a la caja verde⁴².

Estos resultados son presentados como grandes logros en el marco de la política internacional agraria pero son insuficientes. Es verdad que los resultados fueron importantes pero seguían alterando el mercado agrario de intercambio de bienes porque se dejaba a los países en desarrollo o a los países menos adelantados en una situación no equitativa.

El Parlamento Europeo (PE) apoyó todas las rondas de negociaciones de la OMC porque quería que se alcanzaran acuerdos. El PE consideraba que había que salvaguardar los intereses de los productores europeos, los consumidores europeos y los productores de países con los que la UE mantenía una relación especial como eran los

⁴¹Los aranceles superiores al cincuenta por ciento correspondían a los productos lácteos, la carne bovina, los cereales, el azúcar y los edulcorantes. Todos ellos productos que se producían en grandes cantidades en Europa. Era una manera de proteger estos productos.

⁴²Organización Mundial del Comercio (OMC), Ayuda interna: compartimentos ámbar, azul y verde, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/agric_s/negs_bkgrnd13_boxes_s.htm, visitada el 15.02.2015.

países de África, Caribe y Pacífico (ACP). La protección de los productores y los consumidores debía vertebrar la política comercial de la UE.

La UE fue reconocida como miembro de pleno derecho desde que se fundó la OMC en 1994, tenía plena subjetividad jurídica en la organización. Los Estados miembros de la UE también eran miembros de pleno derecho en la OMC a pesar de que la UE actuaba como un único agente con una sola voz. Este enfoque era necesario porque evitaba equívocos respecto a los interlocutores válidos, aproximaba a la UE los objetivos que perseguía y trasladaba un mensaje de coherencia y unidad ante el resto de países miembros de la organización. La UE era y es competente para hacer propuestas en nombre de todos los Estados miembros que la integran y negocia por ellos.

Desde 1995, la PAC está sometida a la OMC. Dentro del organismo, se creó el Órgano de Solución de Diferencias que vela por el respeto de las nuevas normas multilaterales por parte de los Estados firmantes. La PAC quedó condicionada por concesiones agrícolas que se fueron reconociendo a favor de muchos países por acuerdos multilaterales y bilaterales (ACP, Mercosur, Euro-mediterráneo, México, Chile) y por derogaciones unilaterales concedidas en el Sistema Generalizado de Preferencias. Todo ello es compatible con la regulación de la OMC y explica el alto índice de importaciones agrícolas a la UE procedentes de países en desarrollo.

La PAC se debatía entre el auge del multilateralismo y la globalización que le iba a conceder legitimidad externa y, por otro lado, las nuevas demandas sociales que apoyaban la multifuncionalidad de la actividad agraria y los bienes y servicios de interés público.

Como señala Fernández Rozas⁴³, la globalización es una forma más avanzada y compleja de la internacionalización que implica una integración funcional de actividades económicas geográficamente dispersas. Es un fenómeno mucho más reciente que la internacionalización que se desarrolla en un contexto caracterizado por la desaparición del comunismo, por una revolución tecnológica y la mundialización de los mercados financieros. Asimismo se identifica con un notable incremento de la capacidad de las empresas para fragmentar geográficamente los procesos productivos, propicia la competencia y sienta las bases para el establecimiento de nuevas alianzas

⁴³FERNÁNDEZ ROZAS, J.C, *op.cit.*, nota 32, pp. 48-50.

empresariales, ha supuesto una nueva articulación del mercado, comporta una deslocalización de la producción, trae consigo una mundialización de los riesgos y está ampliando la brecha entre el mundo industrializado y los países en vías de desarrollo.

En 1995 se produjo la liberalización del comercio agrario. Se promovieron los intercambios comerciales y se generaron nuevos negocios rentables en los mercados globales. La reducción de aranceles trajo consigo una desprotección de los mercados de los países menos industrializados. Y las dificultades para competir en el mercado mundial hicieron que la crisis en estos países se agudizara. Todo ello provocó desempleo, bajada de salarios agrarios, desaparición de explotaciones familiares y más hambre y pobreza.

En la Cumbre Mundial de Alimentación de FAO, en 1996, se estableció que la seguridad alimentaria significaba que *todas las personas tuvieran en todo momento acceso físico, social y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana*. En mi opinión, esta definición se comprende mejor acompañada del Informe Brundtland que define el desarrollo sostenible como *aquél que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones*.

La FAO prevé que la liberalización del mercado agrícola aumentará los precios de los productos agrícolas, afectará al Derecho a la alimentación y a la seguridad alimentaria de los países en desarrollo porque son importadores netos de alimentos básicos⁴⁴. Y es verdad que la producción de los alimentos básicos en los países en desarrollo se ha visto influenciada negativamente por las políticas proteccionistas de los países desarrollados. Esto ha conducido a una situación injusta porque los países en desarrollo no pueden competir con la producción de los países desarrollados y han centrado sus economías, para poder subsistir, en los productos que si tienen salida en los mercados internacionales como ocurre, por ejemplo, con la biomasa. Es decir, producen para exportar e importan alimentos básicos para subsistir. Su vulnerabilidad es enorme y con estas políticas proteccionistas y librecambistas se está consiguiendo que más millones de personas en el mundo mueran de hambre.

⁴⁴FAO, *El estado mundial de la agricultura y la alimentación*, Cambio climático, agricultura y seguridad alimentaria, Roma, 2016, pp.4-14.

Europa es el principal importador de alimentos agrícolas del mundo y el segundo exportador después de Estados Unidos. Cualquier medida que adopte Europa y cualquier acuerdo que firme, puede tener consecuencias mundiales. Por eso preocupan tanto los acuerdos bilaterales que se firmen. Y en este contexto globalizador, como señala Álvarez Rubio⁴⁵, ocupan un lugar muy destacado los Tratados de Libre Comercio que tratan de definir las nuevas reglas de actuación en el comercio internacional porque nunca antes tan pocas compañías habían tenido tanto poder. Y es evidente que la concentración de intereses en pocas manos restringe la competencia, y la concentración nos conduce a un capitalismo en su grado más extremo.

En 1999 se celebró la Ronda de Seattle que fue un rotundo fracaso. Los negociadores de la UE se mostraron a favor del modelo agrícola europeo basado en la multifuncionalidad de la actividad agrícola. Aún estaban muy recientes los impactos negativos de la liberalización comercial agraria. Se cuestionó la legitimidad de la OMC y se denunciaron los efectos sociales, económicos y medioambientales de la liberalización comercial.

III. La Agenda 2000

A esta reforma de la PAC se llegó tras la crisis alimentaria de los años 90 motivada por la fiebre aftosa y la encefalopatía espongiforme bovina, la ampliación hacia el centro y el este de Europa (los PECO) con la asimilación de situaciones económicas y políticas muy diferentes a las de los países fundadores, que se materializarán en 2004 y en 2007 respectivamente, y la celebración de la Conferencia de Desarrollo Rural de Cork en Irlanda en 1996.

Surge la necesidad de reformar las instituciones europeas para hacer frente a las nuevas realidades que van a surgir fruto de la ampliación. Hay que estar preparados para la heterogeneidad en las estructuras agrarias que se avecinan⁴⁶. Resulta curioso que una política que se lanza a la conquista de los mercados mundiales no se someta a las reglas

⁴⁵ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *op.cit.*, nota 4.

⁴⁶VIVES GUTIERREZ, A., *Historia de la PAC: 50 años de adaptación y flexibilidad*, Jornada divulgativa: 50 años de la PAC en nuestros alimentos, Grupo Europa Agraria Comunicación, 2012, Pamplona, pp. 1-37, en especial p. 12, www.europaagraria.es.

del mercado y que sea tan intervencionista⁴⁷. Este nuevo panorama europeo afectará a los fondos estructurales, a los fondos de cohesión y a la PAC.

La seguridad alimentaria es una prioridad tan importante para la Comisión Europea que, en el año 2000, aprueba el Libro Blanco de la seguridad alimentaria⁴⁸ con objeto de integrarla en todas las políticas comunitarias. Se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria en el Reglamento nº 178/2002 y se establece el marco jurídico para regular la cadena alimentaria de *la granja a la mesa*.

La idea de la multifuncionalidad está omnipresente en la Agenda 2000, donde además de apostar por la competitividad de la agricultura europea, se promueve la calidad y la seguridad alimentaria respetando el medioambiente. Otro de los objetivos de la Agenda 2000 es la modulación y la distribución de las ayudas con intención de promover el empleo complementario para los agricultores dentro de la promoción del desarrollo rural. La política es más ambiental y más social. Se critica que solo el 10 por ciento del presupuesto de la PAC está destinado al desarrollo rural. Debería ser un porcentaje mayor para poder atender a la multifuncionalidad de las áreas rurales.

La Ronda de Doha en 2001 se concentró en la reducción de los aranceles y los obstáculos técnicos al comercio, la eliminación de subvenciones a la exportación y la reducción de ayudas internas que distorsionaban (y distorsionan) el mercado.

La UE no es la única que infringe daños a los países pobres mediante los subsidios a la exportación. Según la reforma de 2002 de la Ley Agraria americana (Farm Bill), Estados Unidos gasta unos diecinueve mil millones de dólares al año en subsidios a su agricultura. Canadá, Australia, Japón, México, Suiza y Noruega también conceden ayudas a su sector agrícola⁴⁹. Ante este escenario, la UE tiene la oportunidad de asumir un liderazgo mundial pero en los Estados miembros prima la defensa de intereses internos frente a la responsabilidad colectiva de Europa de promover la reducción de la pobreza. Se empieza a considerar que el fracaso político de la UE amenaza la supervivencia de un sistema multilateral de comercio basado en reglas.

⁴⁷GRUPO DE BRUJAS, *¿Qué Agricultura queremos para Europa?*, Agricultura y Sociedad nº 79, 1996, pp. 229-236.

⁴⁸COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre seguridad alimentaria*, Bruselas, 12.1.2000 COM (1999) 719 final, pp. 1-62.

⁴⁹FANJUL SUÁREZ, G., *La inaplazable reforma de la Política Agraria Común*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2002, www.realinstitutoelcano.org, visitada el 15.02.2016.

El conflicto en Europa surge por la falta de unidad política ante la heterogeneidad de intereses económicos, políticos y sociales que tienen los distintos Estados miembros. El mayor reto es conjugar esa heterogeneidad y esa diversidad. La integración europea está basada en atribuciones de competencia de los Estados miembros a las instituciones comunitarias y queda consagrada en el principio de atribución de competencias. Por su parte, la descentralización en las regiones es cada vez mayor. La armonía, la comunicación, la coherencia y el consenso resultan cruciales. Cada vez hay más actores dentro de la gobernanza multinivel y la única voz que debe escucharse tiene que ser clara y fuerte. No cabe duda de que hay una complejidad enorme para que el engranaje europeo funcione correctamente.

Esta reforma de la PAC finalizó con la celebración de un acuerdo entre Francia y Alemania por el que se congeló el presupuesto destinado a la PAC, medida que no se materializará hasta el 2006. A partir de la Conferencia de Berlín, el presupuesto que se asigna al primer pilar de la PAC será plurianual de seis en seis años y habrá una gran austeridad financiera. No habrá estrictamente un recorte porque el presupuesto se quedará como está a fecha de 2006 sin olvidar que durante esta década se van a incorporar a la UE doce países más. Habrá más países y el mismo presupuesto que existía antes. Se critica la tacañería de los países fundadores hacia los nuevos países que tienen unos PIB y unos niveles de vida inferiores a los países miembros de la UE y en donde la agricultura ocupa un lugar muy destacado. Esto explicará que, con la gran ampliación de países, vayan a ser necesarios más fondos para integrar la PAC porque los nuevos países son eminentemente agrícolas.

A mi parecer, los países fundadores aprobaron una austeridad presupuestaria precisamente por la nueva situación que sobrevenía y antes de que se materializara. De alguna manera, excepto Francia que es el mayor beneficiado de las ayudas de la PAC con un 23,8 por ciento⁵⁰, el resto de los países estaban cansados de hacer aportes económicos a un sector agrario que nos les beneficiada directamente. Esta realidad explicó los principios de austeridad, estabilidad presupuestaria y flexibilidad que se aprobaron con la Agenda 2000 adelantándose a lo que vendría después.

⁵⁰GARCÍA ÁLVAREZ COQUE, J.M., CASTELLANO, E. y SANCHO, M., “Los efectos distributivos de la PAC y la cohesión. Un punto de vista mediterráneo”, *Revista Asturiana de Economía* nº 14, 1999, pp. 51-71, en especial p. 60.

Se observa que los sectores más protegidos por la PAC son siempre aquéllos que más producen los países fundadores; es decir, los productos lácteos, el azúcar, la carne de vacuno, los cereales y las oleaginosas se llevan el 68 por ciento de su presupuesto. Al productor mediterráneo le resulta difícil admitir la liberalización sólo para las frutas y las hortalizas porque son los sectores que más le afectan. Dentro de esta lógica, el aceite de oliva, el vino, el tabaco y los productos hortofrutícolas que quedan regulados en la OCM de frutas y verduras de 1997 ven reducido su presupuesto progresivamente, de un 15 a un 13 por ciento⁵¹.

Esto explica la inequidad que sufrieron los países del Mediterráneo y permite entender que la protección que se da siempre a los mismos alimentos genera desequilibrios en los mercados mundiales. Intermon Oxfam critica la política agrícola europea porque considera que con sus ayudas está dañando la subsistencia de productores de leche en la República Dominicana o de productores de azúcar en Mozambique⁵².

Es en 2001 cuando se materializa una de las inquietudes que tiene la Comisión Europea en esta década y no es otra que el Libro Blanco de la Gobernanza Europea. La gobernanza multinivel responde a una teoría política en un escenario donde hay múltiples actores y procesos en distintos niveles de gobierno *más allá de los Estados*. Para la doctrina, esta gobernanza multinivel se presenta como una buena oportunidad para reforzar el fenómeno de la *regionalización*, surge como un fenómeno de superación de las corrientes supranacionales, intergubernamentales e infra-nacionales y se conoce como la tricotomía de la gobernanza europea⁵³. La Comisión Europea tiene claro que este concepto nuevo debe girar en torno a los principios de apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia.

Como señalan Innerarity Grau y Álvarez Rubio⁵⁴, el término gobernanza sirve para referirse a nuevas realidades que no estaban bien cubiertas por otros términos tradicionales, al tiempo que contiene una expectativa de renovación de la política. En el

⁵¹*Ibidem*, pp. 62-64.

⁵²FANJUL SUÁREZ, G., *op.cit.*, nota 49; OXFAM INTERNACIONAL, *Ordeñando la PAC*, Informe nº 34, pp. 1-37, en especial pp. 4-10.

⁵³WEILER H. H., HALTERN U., MAYER F. C., "European democracy and its critique", *West European Politics*, Volume 18, Issue 3, Florence, 1995, pp. 4-39.

⁵⁴Textos recogidos en www.globernance.org, web del Instituto de Gobernanza democrática, dirigido por INNERARITY GRAU, D. y ÁLVAREZ RUBIO, J.J., en la que se define el objeto de investigación del Instituto.

plano político, se refiere a las nuevas formas de gobernar dentro o más allá del Estado nación; en el ámbito económico, este concepto es utilizado para referirse a la regulación de los mercados o la organización interna de las empresas; los juristas analizan desde esta perspectiva cuestiones que van desde la reforma de las administraciones a la función del derecho en un mundo globalizado. En términos generales, el concepto de gobernanza alude a un cambio profundo en la acción social y las formas de gobierno de las sociedades contemporáneas que deben resituarse en medio de un ámbito configurado por el Estado, el mercado y la sociedad, y en un contexto marcado por la globalización, la europeización y la interdependencia.

En la ciencia política, la gobernanza expresa una transformación de la estatalidad en las democracias que se ve obligada a transitar desde formas jerárquicas y soberanas hacia modalidades más cooperativas. La idea de gobernanza trata de hacer frente a la circunstancia de que en muchos ámbitos políticos se han disuelto los límites del Estado tanto frente a la sociedad como frente al contexto internacional. Y en el discurso económico, la gobernanza se refiere al hecho de que el funcionamiento de los mercados solo puede ser entendido correctamente si se analiza teniendo en cuenta las formas de coordinación no mercantiles que configuran esos mercados.

Las circunstancias actuales del mundo indican que los cambios políticos, sociales, económicos y culturales no tienen precedentes. El mundo ha experimentado una gran unificación desde el punto de vista de la comunicación y los mercados financieros, mientras que los instrumentos tradicionales de gobierno tienen muchas dificultades para configurar estas nuevas realidades de acuerdo a criterios de justicia o sostenibilidad. Las interdependencias han creado una complejidad que resulta difícil de entender.

En esta etapa, la UE apuesta por un sistema comercial multilateral orientado al mercado, apoyándose en los países que creen en la multifuncionalidad de la agricultura. Se reducen las ayudas internas y los aranceles en el seno de la UE a pesar de que otros países las mantienen, se garantiza un trato especial a los países en desarrollo y se toman en consideración aspectos no comerciales. Estados Unidos hace propuestas de reducción de medidas proteccionistas en el sector agrícola, pero siguen protegiendo a sus agricultores a través de su Ley agraria que evoluciona en paralelo a la PAC europea.

La OMC fomenta la competencia leal. Se trata de un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones a pesar de que autorice la aplicación de aranceles y otras formas de protección en circunstancias restringidas. Las normas sobre no discriminación tienen por objeto lograr condiciones equitativas de comercio. Lo mismo ocurre con las normas relativas al dumping y las subvenciones. Se permiten las restricciones al comercio para proteger a los consumidores o como medida de prevención de enfermedades.

En mi opinión, las ayudas y las subvenciones deben tender a erradicarse salvo casos muy excepcionales y muy justificados. Lo mismo está ocurriendo en Europa con subvenciones y ayudas que se conceden por circunstancias sobrevenidas o para ayudar a algunos sectores de la economía a remontar tras una crisis económica⁵⁵.

Por otro lado, para preservar el medioambiente en los países del hemisferio norte, se está atentando contra el derecho a la alimentación en los países del hemisferio sur. La OMC no debe obviar estos derechos fundamentales que deben prevalecer a la realización del comercio, a pesar de que ella misma asegura que el derecho a la alimentación y la protección del medioambiente están por encima de las normas comerciales. El comercio es bueno cuando las necesidades primarias están cubiertas, no antes. No se puede vender un alimento que un ser humano necesita para alimentarse. No se puede impulsar el comercio cuando no hay comida que llevarse a la boca, cuando el ser humano no tiene cómo alimentarse y cómo llevar una vida digna. Debería estar prohibida la comercialización de alimentos si son necesarios para la vida de las personas que los producen o si atentan directamente contra ese derecho humano, básico y fundamental que es el derecho a la alimentación⁵⁶.

En la Ronda de Doha en 2001 se propuso un programa de negociaciones en el que se prestaba especial atención a los países en desarrollo o menos adelantados. En ella se introdujeron en la agenda temas no comerciales como la seguridad alimentaria y el desarrollo rural.

⁵⁵FEHLING, M., “La reacción de los Estados europeos frente a la crisis y el Derecho europeo de ayudas públicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 14, 2010 en Estado y mercado en situación de crisis / coord. por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. y VELASCO CABALLERO, F., pp. 41-64, en especial pp. 44-48.

⁵⁶VIVERO, J.L. y ERAZO, X., *Derecho a la alimentación, políticas públicas e instituciones contra el hambre*, FAO, Iniciativa América Latina y Caribe sin Hambre, Ediciones LOM, Santiago de Chile, 2009, pp. 1-336.

Lo más novedoso de la Agenda 2000 es que aumentó el protagonismo de los Estados miembros en la aplicación de la PAC a través de la descentralización. Los Estados podían conceder ayudas y modularlas siguiendo los criterios de atribución definidos a nivel europeo. De esta manera, la Comisión estableció que los países fueran responsables por la operatividad de las ayudas a través de la rendición de cuentas al FEOGA. Solo así se podía hablar de un verdadero ejercicio coordinado de competencias europeas y regionales.

Este enfoque de la política agraria más descentralizado, con mayor responsabilidad de la administración autonómica, concedió relevancia a las Organizaciones Profesionales (OP) y a todos los sectores interesados en el desarrollo rural⁵⁷. Comenzaron a verse a las OP como una solución a la vulnerabilidad de los agricultores dentro del mercado.

En el año 2001 la ONU creó el Manual de los Tratados. El objetivo que persiguió fue promover la participación de los Estados en la estructura de los tratados multilaterales. Y la invitación que realizó la ONU surtió efecto porque muchos países tenían pendiente la firma en diversos tratados internacionales y durante la Cumbre del Milenio en 2000⁵⁸ se consiguieron muchas firmas. Durante esta reforma de la PAC, el papel de los Estados aumenta desde un punto de vista interno a través de la descentralización y desde un punto de vista internacional como actores globales.

⁵⁷FANJUL SUÁREZ, G., *op.cit.*, nota 49.

⁵⁸NACIONES UNIDAS, http://www.un.org/es/events/pastevents/millennium_summit/

IV. La Reforma Fishler de 2003

La Ronda de Cancún en 2003 se inició con protestas porque los países pobres consideraban excesivas las exigencias que les imponían en materia industrial y de servicios e insuficientes las ofertas que les hacían en materia agrícola. Por su parte, estos países exigían que se redujeran las ayudas de Estados Unidos y la UE a su sector agrícola para que ellos pudieran acceder a estos mercados. Esta Ronda fracasó por el intento de liberalización del mercado agrícola y por la inclusión de los temas de Singapur al finalizar las negociaciones. A partir de Cancún, la OMC tendrá que demostrar que es capaz de seguir avanzando si no quiere que su credibilidad como organización internacional se vea minada y que los países opten por negociar acuerdos comerciales regionales y bilaterales que son discriminatorios para los demás⁵⁹.

A la Reforma de la PAC de 2003, o reforma Fishler, le siguió la ampliación de doce países nuevos en la UE entre 2004 y 2007⁶⁰. No sólo llamó la atención el elevado número de países, sino que ocho de ellos eran comunistas hacía menos de quince años. A la dificultad de la ampliación se añadió la dificultad del engranaje político. Las expectativas que tenían estos nuevos países eran altas, no solo por las transferencias económicas que iban a recibir sino porque querían colocar a su sector agrario como protagonista. Se sacrificó integración por ampliación, se trató de una *Otanización* encubierta de la UE⁶¹.

La realidad fue que la PAC no les podía ofrecer tanto. La UE mantuvo el mismo presupuesto que tenía para la UE-15 y lo asignó a la nueva UE-27, a la actual con 28 Estados, tras la entrada de Croacia, que volverá al número de 27 cuando se materialice el Brexit. Además, estableció los presupuestos plurianuales cada seis años y mantuvo la estabilidad presupuestaria y la flexibilidad.

⁵⁹STEINBERG, F., “El fracaso de la cumbre de Cancún y el futuro del multilateralismo comercial”, Real Instituto Elcano, *Área de Economía Internacional*, ARI nº 107/2003, 18/9/2003, pp. 1-6, en especial p. 1.

⁶⁰El 1 mayo de 2004 se adhirió a la UE diez países: República Checa, Chipre, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia. En 2007 se adhirió a la UE dos países más: Rumanía y Bulgaria.

⁶¹ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Los costes de la no Europa: realizaciones concretas y retos presentes del proyecto europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto* nº 37, 2007, pp. 23-48.

La ampliación colocó en el mapa a una Europa más rural y más agraria que la anterior, y no por países como Chipre y Eslovenia que no tenían apenas agricultura sino sobre todo por Polonia que representaba el 70 por ciento de los agricultores de los doce nuevos países que se incorporaban y el 48 por ciento de la superficie agraria utilizada.

La reforma Fishler se apoyó en tres instrumentos que fueron el desacoplamiento de las ayudas agrarias, la condicionalidad que va a depender de la calidad de los alimentos y el respeto al medioambiente y, en tercer lugar, la modulación de las ayudas que permitirá que el desarrollo rural se nutra del segundo pilar de la PAC. Todas ellas fueron medidas permitidas por la OMC al situarlas en su caja verde y sobre las que no se podían oponer el resto de países.

Uno de los objetivos de la Reforma Fischler fue acomodarse a los requerimientos de la OMC pero lo cierto es que las desigualdades subsistían y las medidas proteccionistas no desaparecían ¿Por qué unos países tenían unas ayudas a la producción agrícola y otros no? ¿Por qué regía en Europa el principio de preferencia comunitaria? Los subsidios a la exportación que aplicó la PAC en Europa y el programa de créditos vinculados que aprobó Estados Unidos para su sector agrícola mostraban cómo los bloques hegemónicos por excelencia defendían a su sector agrícola. Canadá y Australia también protegían su producción a través de los monopolios exportadores. Y Japón, México, Suiza y Noruega hacían lo mismo.

Ante las incorporaciones de los nuevos Estados miembros, se temían casos de fraude y falta de formalidades para cobrar las ayudas de la PAC así que se decidió conceder las ayudas a estos países de forma gradual. Se propusieron medidas para controlar el presupuesto comunitario que iba a asignarse a los nuevos Estados miembros que se habían adherido a la UE⁶².

La entrada en vigor del protocolo de Kioto en 2005 hizo que la UE se planteara el reto de reducir las emisiones de CO₂ a la mitad para 2020. El protocolo de Kioto perseguía un objetivo medioambiental que afectaba al sector agrario y, por extensión, a la PAC. Las emisiones de CO₂ podían comprarse y venderse, lo que significaba que los

⁶²BONETE PERALES, R., “La Política Agrícola Común y la ampliación de la UE”, *Cuadernos de economía* nº 73, vol. 27, 2004, pp. 75-97, en especial pp. 85-88.

países pobres vendían a los países ricos sus derechos de emisión. Y los países ricos seguían generando las mismas, o más, emisiones de CO₂ a la atmósfera.

Cuando se habla de las emisiones de CO₂, hay que tener presente que la agricultura es un foco importante de generación de las mismas que pueden llegar a representar el 14 por ciento del total de emisiones de CO₂ a la atmósfera y hasta un 30 por ciento si se trata de una agricultura industrial. Se producen por las emisiones de los suelos, la descomposición de la materia orgánica, el proceso digestivo de los rumiantes, la quema de biomasa y el estiércol de la ganadería. Por lo tanto, controlar, reducir y mitigar todas estas emisiones es una obligación que le compete a la PAC si se quieren cumplir los objetivos acordados en Kioto. La agricultura tiene un papel importantísimo para reducir los gases de efecto invernadero y reducir el calentamiento global. La UE, miembro de pleno derecho de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC), debe velar por el cumplimiento, a nivel nacional, de las políticas europeas con objeto de que se asuman los compromisos adquiridos en los acuerdos internacionales. Representa una manera de adquirir legitimidad en la esfera internacional.

Llama la atención que Estados Unidos, país que más emisiones de CO₂ emite a la atmósfera, no firmara el protocolo. Y más asustan aún las órdenes dadas por el actual presidente americano de construir dos oleoductos, el retorno a las minas de carbón y el *fracking*⁶³ por los efectos devastadores que puede representar para el medioambiente y el cambio climático por razones, de nuevo, estrictamente economicistas de unas pocas empresas multinacionales que van a obtener las ganancias de estas medidas, no el pueblo americano.

España es uno de los países europeos que peor ha respondido al compromiso de Kioto porque no solo no ha reducido sus emisiones de CO₂ sino que las ha aumentado. Esto representa para España un desembolso importante de dinero porque ha tenido que comprar derechos de emisión de países que tenían asignado unos derechos de emisión y no habían hecho uso de los mismos (caso de Polonia y países de Europa del este por ejemplo).

⁶³Se entiende por *fracking* la perforación de un agujero en la superficie de la tierra en el que se inyectan productos químicos tóxicos a alta presión y luego se bombea el agua residual a gran profundidad.

Los cambios que se realizan en la PAC durante esta reforma aparecen regulados en el Reglamento nº 1782/2003⁶⁴ y se centran en el Sistema del Pago Único. La concesión de ayudas se condiciona al cumplimiento de determinados requisitos medioambientales y de salud pública. Los objetivos son reducir las partidas presupuestarias destinadas a agricultura y ser austeros y sobrios en el gasto. Enfrentarse a una ampliación tan grande supone un reto económico, social y de seguridad alimentaria.

Los Estados se van a convertir en los principales administradores de la PAC porque van a liderar su aplicación y, además, acorde al principio de disciplina financiera cofinanciarán con sus propios presupuestos las medidas que ellos consideren que deben recibir un mayor impulso⁶⁵, entre las que destaca el desarrollo rural⁶⁶. La Comisión va a permitir que cada Estado defina y concrete los Planes de Desarrollo Rural (PDR) aportando una partida presupuestaria inicial que se podrá mover con discrecionalidad entre el primer y el segundo pilar de la PAC. Todo indica que este principio de flexibilidad va a empoderar a las administraciones nacionales y autonómicas porque serán ellas las que establezcan la entrada en vigor, los niveles de disociación y la regionalización de las medidas de la PAC.

El Banco Mundial señala que el sector agrícola representa sólo el 4 por ciento del PIB global aunque sobre este sector recae el 66 por ciento de las medidas proteccionistas en el comercio de bienes⁶⁷. Los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) gastan al año 330.000 millones de dólares en subsidios a sus agricultores, lo que equivale al PIB de los países del África subsahariana y multiplica por seis lo que las naciones industrializadas gastan en ayuda al desarrollo⁶⁸.

⁶⁴Reglamento nº 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 se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos nº 2019/93, nº 1452/2001, nº 1453/2001, nº 1454/2001, nº 1868/94, nº 1251/1999, nº 1254/1999, nº 1673/2000, nº 2358/71 y nº 2529/2001. Publicado en el DOUE 21.10.2003.

⁶⁵MASSOT MARTI, A., "La Política Agrícola Común y la ampliación hacia el Este", *Boletín Económico de ICE* nº 2731, 2002, pp. 25-36, en especial pp. 28-31.

⁶⁶El Desarrollo rural se regula en el Reglamento nº 1698/2005 y en la Decisión del Consejo nº 144/2006.

⁶⁷BANCO MUNDIAL, *Agricultura para el desarrollo, Informe sobre el Desarrollo Mundial 2008*, Ediciones Mayol, Washington, 2008, pp. 1-322, en especial pp. 6-10.

⁶⁸STEINBERG, F., *op.cit.*, nota 59, p. 4.

El Banco Mundial critica que los países desarrollados sean responsables del 80 por ciento del coste de estas políticas proteccionistas. En Europa, la PAC es un reflejo del proteccionismo europeo de las políticas agrícolas de los Estados miembros que la componen, lo que conduce a un desequilibrio enorme en los mercados mundiales. Dar ayudas al sector agrícola actúa en detrimento de aquellos agricultores que no las perciben, desestabiliza el mercado mundial de alimentos y es un acto injusto y discriminatorio porque así no se liberalizan los mercados ni se actúa con libre competencia. Las reglas del juego deberían ser las mismas para todos.

Hay que recordar, como señala Fernández Rozas⁶⁹, que uno de los objetivos de la OMC es precisamente reducir el proteccionismo porque propicia la existencia de empresas desmesuradas e ineficientes y puede ocasionar a la larga el cierre empresarial y la pérdida de empleos. El principio de la *ventaja comparativa* significa que los países prosperan aprovechando sus activos para concentrarse en lo que pueden producir mejor y después intercambian estos productos por los productos que otros países producen mejor. La mayoría de empresas reconocen que cuanto mayor es la dimensión del mercado, mayor es su potencial; pueden ampliarse hasta alcanzar su nivel máximo de eficiencia y llegar a un mayor número de clientes. Esto choca con la realidad actual que sitúa en el foco del panorama mundial el neo proteccionismo de Estados Unidos y Reino Unido.

La Ronda de Hong Kong en 2005 representó una de las últimas oportunidades que tuvo la OMC para demostrar que era un foro válido para gestionar la globalización y los cambios rápidos que se estaban produciendo ante el auge de los nuevos países emergentes. Desde la creación de la OMC todavía no se había conseguido cerrar ninguna de las rondas de negociación y eso estaba generando tensiones y, por otro lado, la celebración de reuniones bilaterales entre los países miembros.

Finalmente, el acuerdo que se alcanzó en Hong Kong representó un paso adelante que permitió desbloquear las negociaciones, dar un nuevo impulso a las Rondas de Desarrollo y consolidar la OMC. El paquete incluyó un acuerdo limitado en agricultura, algunas medidas para ayudar a los países en desarrollo y pequeños avances en la liberalización de los servicios y bienes manufacturados e industriales que eran las

⁶⁹FERNÁNDEZ ROZAS J.C., *op.cit.*, nota 5, pp. 3-6.

áreas que más interesaban a España y a la UE. Hubo que entender que si se querían exportar servicios y productos de alto valor añadido, había que realizar concesiones en otros sectores como el agrícola. Se puso de manifiesto que nuevas potencias económicas como Brasil, India y China estaban redefiniendo el equilibrio de poder en la OMC, situación que hasta el momento habían tenido Estados Unidos y la UE.

En Europa, mientras tanto, en 2007 se aprobó el Reglamento nº 1234/2007, de 22 de octubre de 2007, que creó una Organización Común de Mercados (OCM) y estableció disposiciones específicas para determinados productos agrícolas⁷⁰. De esta manera, las 27 OCM existentes hasta el momento pasaron a regularse bajo el paraguas de la OCM única.

V. La Reforma del chequeo médico de 2008

Esta reforma de la PAC se inició en plena crisis alimentaria y terminó inmersa en una crisis financiera y económica sin precedentes. Y coincidió con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 que introdujo muchas reformas sustanciales tras el intento fallido de una Constitución para Europa en 2004. Esta reforma se enfrentó a la superación de unas brechas, unas crisis y unos fracasos precedentes.

En 2008 se celebró en Ginebra otra conferencia ministerial de la OMC que representó una disputa entre Estados Unidos y la India por salvaguardar los temas agrícolas. India quería que se flexibilizasen las normas actuales sobre subsidios agrarios para permitir a los gobiernos la compra de alimentos a precios regulados para sus sistemas de reserva de alimentos pero Estados Unidos se opuso.

Entre 2007 y 2008 se produjo una grave crisis alimentaria por la subida del precio de los alimentos que condujo a que 1000 millones de personas en el mundo murieran de hambre. El Objetivo de Desarrollo del Milenio (ODM) que consistía en reducir el hambre a la mitad para 2015, estaba mucho de cumplirse. Actuaba como agravante que todas las políticas y los programas operativos que se habían diseñado y ejecutado desde el año 2000, cuando se aprobaron los ocho ODM, no habían logrado que el hambre disminuyera en el mundo, sino que aumentó de 800 a 1000 millones de

⁷⁰Publicado en el DOUE 16.11.2007.

personas⁷¹. La subida de los precios de los alimentos fue debida a razones empresariales y de liberalización de los mercados porque aquellos años las cosechas fueron cuantiosas. Es decir, fueron razones especulativas estrictamente hablando y no escasez de alimentos como tal. Es llamativo el caso de la empresa Monsanto, productora de granos, que controlaba el 91 por ciento del mercado mundial de semillas modificadas genéticamente⁷².

Para Schutter, relator de la FAO, que el comprador tenga poder de negociación sobre los proveedores tiene graves consecuencias para los productores y los consumidores. Este hecho da como resultado que los pequeños agricultores soportan un costo cada vez mayor por los insumos y perciben menos ingresos por los productos agrícolas que producen. A esto se une la dificultad para acceder a la tierra, al agua, a las semillas y a otros recursos naturales necesarios que no son ilimitados. Dada la magnitud del problema y la preocupación por el mismo, el Parlamento Europeo realizó un Informe sobre el reconocimiento de la agricultura como sector estratégico en el contexto de la seguridad alimentaria⁷³.

Otras causas que contribuyeron a la crisis alimentaria fueron que el trigo, el maíz, el arroz y la soja, entre otros, se utilizaban para producir biocombustible (o agrocombustible)⁷⁴ y para alimentar al ganado de los países del hemisferio norte. Esta subida de los precios de los alimentos condujo a que las familias de los países en desarrollo tuvieran que destinar un porcentaje más alto del presupuesto familiar para poder comer, desatendiendo otras necesidades básicas como la salud y la educación.

El hambre es el escándalo de nuestro tiempo, una epidemia silenciosa, como apunta Jean Ziegler, el primer relator de Naciones Unidas para la alimentación. Es una vergüenza que en el mundo se produzcan suficientes alimentos para alimentar a toda la población del planeta y que 1000 millones de seres humanos mueran de hambre. De

⁷¹GONZALEZ, E., *La Unión Europea y la crisis alimentaria, impactos de la PAC en el derecho a una alimentación adecuada*, Observatorio DESC, 2011, p. 10.

⁷²*Ibidem*, pp. 13-17.

⁷³PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre el reconocimiento de la agricultura como sector estratégico en el contexto de la seguridad alimentaria, ponente SARBU, D.O., Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural, 2010/2112 (INI), 16.12.2010.

⁷⁴MEDINA REY, J.M., "Agrocombustibles y seguridad alimentaria", *Cuadernos de Estrategia* n° 161, 2013, pp. 219- 251; ANDRÉ, F, "Los biocombustibles. El Estado de la cuestión", Working Paper 11/2009, *Instituto Complutense de Estudios Internacionales*, Madrid, 2009, pp. 1-27.

manera casi simultánea, la OMS ha declarado que la obesidad es una epidemia a nivel mundial.

La razón de ser de los agrocombustibles no es mala. Representa buscar otras fuentes alternativas de energía que suplan al gasoil y al petróleo para no ser dependientes de los proveedores de estos recursos naturales. Pero si se analiza que para producir agrocombustibles hay que talar árboles, ocupar terrenos de cultivo, hacerlos intensivos a veces y utilizar maíz, caña de azúcar y soja que son necesarios como alimentos, se produce un choque con el derecho a la alimentación, con los objetivos de desarrollo del milenio, con la FAO y con Vía campesina.

La crisis económica mundial tuvo su origen en los préstamos hipotecarios en Estados Unidos a través de las hipotecas *subprime*. En palabras de Joseph Stiglitz, debido a que se diversificaron estos activos hipotecarios entre tenedores de todo el mundo gracias a la globalización, se suavizó el impacto de esta crisis en Estados Unidos y se hizo mundial. Uno de los peligros de la globalización es que el conocimiento es local y en Europa se desconocía que detrás de una hipoteca en Estados Unidos está solo la casa. En España, se entrega la casa al banco y la deuda de capital persiste. El gobierno americano incentivó la propiedad de las viviendas y se concedieron créditos sin valorar las garantías de cobro. Todo aquello explotó en lo que se conoce.

La reforma del chequeo médico de la PAC iba a ser una somera revisión de la Reforma de 2003 pero se convirtió en una de las reformas más importantes de la PAC dada la coyuntura mundial y valorando el alcance que tuvo la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que introdujo muchas novedades importantes.

El presupuesto asignado a la PAC disminuye de un 75 por ciento a un 40 por ciento. Esta reducción en el presupuesto se contrarresta con la aplicación del principio de eficiencia. Si o si, la PAC debe ser muy eficiente. Llama la atención que el desarrollo rural se ha convertido en una prioridad para la PAC pero, sin embargo, se le asigna una partida presupuestaria muy pequeña que equivale al 9,7 por ciento del total. El segundo pilar se nutre de la modulación, ahora sí, obligatoria del primer pilar. Las autoridades nacionales pueden asignar partidas presupuestarias a sectores con problemas siempre que se respeten las normas de medioambiente, calidad y mercado que establece la UE.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, la PAC se convierte en una materia de competencia compartida entre la Comisión Europea y los Estados miembros. Desde que se creó la PAC en 1962, las cuestiones agrícolas habían sido competencia exclusiva de la Comisión pero con la entrada en vigor del Tratado, estas materias pasan a ser de competencia compartida entre la Comisión y los Estados miembros.

Las Naciones Unidas (ONU) son la fuente principal de legitimidad internacional para la UE. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la UE dispone de personalidad jurídica y capacidad de representación única de los Estados miembros en la ONU. El papel de la UE es esencial para la elaboración, adopción y aplicación de los compromisos multilaterales de los países socios.

El verdadero obstáculo para que la UE desarrolle su potencial como actor mundial en la escena internacional son las posiciones divergentes y fragmentadas de los Estados miembros que la conforman. Dos elementos influyen en el potencial que tiene la UE. Por un lado, la clasificación de las competencias que tiene atribuidas la Comisión porque sólo podrá actuar sobre aquellas materias que sean de su competencia exclusiva o de competencia compartida con los Estados miembros. En segundo lugar, la aplicación de dos principios del ordenamiento comunitario como son el principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad.

Dentro de las competencias exclusivas recogidas en el artículo 3 TFUE aparecen la política comercial, la política monetaria y la unión aduanera. La UE cuenta con un mandato del propio Tratado para actuar por su cuenta y los Estados miembros no pueden actuar unilateralmente. Por lo tanto, la UE con personalidad jurídica propia negociará en los acuerdos actualmente en vigor entre los que destaca el Trade in Services Agreement (TiSA) dentro de las rondas de negociaciones de la OMC y que pretende establecer el Acuerdo General sobre el comercio de servicios (ACS). Dentro de los países que lo negocian está la UE que actúan con propia personalidad jurídica⁷⁵.

Dentro de las competencias compartidas recogidas en el artículo 4 TFUE aparece el medioambiente, la agricultura y el transporte. En estas competencias

⁷⁵COMISIÓN EUROPEA, Acuerdo sobre el Comercio de Servicios, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/index_es.htm, visitada el 14.11.2016.

compartidas se aplica el principio de subsidiariedad. La PAC es una de las competencias compartidas de la Comisión Europea en la que solamente actuará la Comisión cuando los Estados no hayan entrado a legislar y siempre según el principio de proporcionalidad.

Sería oportuno que la UE tuviera un avance institucional en las organizaciones internacionales junto a una coordinación interna de la UE sobre posiciones básicas a través de los mecanismos de coordinación reforzados⁷⁶. La UE debe aspirar a elevar su estatuto actual hasta convertirse en miembro de pleno derecho en cada organismo internacional o en parte contratante de los convenios. Se debe trasladar un único mensaje y todo lo que exceda de un único mensaje puede incitar a confusión.

La Comisión habla en nombre de todos los países de la UE en los organismos internacionales en los que actúa como miembro de pleno derecho. También negocia acuerdos internacionales para la UE, como el Acuerdo de Cotonou⁷⁷. El mayor interrogante se plantea ante aquellos organismos en los que aún no tiene reconocida subjetividad jurídica o es un mero observador. Entra en juego un entramado complicado de relaciones diplomáticas que persigue que se reconozca legitimidad y, más adelante, personalidad jurídica a la UE.

Si se analiza el organigrama institucional, la gobernanza democrática europea y el escenario cada vez más global, parece que se estuvieran fijando las bases teóricas para construir una Europa más fuerte, más unida, con mayor legitimidad y mayor peso político, comercial, social, jurídico, diplomático y humano. Yo me pregunto si no habría que pararse a reflexionar y asentar las bases antes de seguir avanzando a toda costa, el eterno dilema *profundización versus ampliación*.

La UE constituye un complejo entramado de redes de gobernanza en el que la coordinación interinstitucional, intergubernamental y multinivel juega un papel fundamental⁷⁸. En el Dictamen del Comité de las Regiones del 16 febrero del 2012, se

⁷⁶PARLAMENTO EUROPEO, *La UE como actor global: El reforzamiento de su papel en las organizaciones multilaterales*, Dirección General de Políticas Exteriores, 2011.

⁷⁷Relativo a la ayuda y el comercio entre la UE y los países en desarrollo de África, el Caribe y el Pacífico (ACP).

⁷⁸MORATA, F., *La Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, 2002, pp. 1-14

acuerda promover la gobernanza multinivel como un modo de gobernanza flexible y participativo que respalda los valores de la UE y su ética de responsabilidad y de solidaridad para hacer frente a las realidades de un mundo globalizado cada vez más interdependiente y competitivo. La gobernanza multinivel será precisa para reformar la PAC tras 2013 debido a que los retos han ido cambiando y será necesaria la interacción con distintos interlocutores locales, regionales, comunitarios, públicos, privados y sociedad civil para dar respuesta a las nuevas demandas y requerimientos.

VI. La Reforma post 2013

Ésta es la primera reforma de la PAC en la que el Parlamento actúa de legislador debido a la aprobación del procedimiento legislativo ordinario en el Tratado de Lisboa. Se valora positivamente que, por fin, adquiera más protagonismo el órgano elegido por el pueblo. Hasta el momento, la burocracia y el lobby habían hecho mella en las funciones de la Comisión. La representación popular empieza a ganar posiciones.

En el año 2013 se incorpora Croacia a la Unión Europea, es la UE-28. La UE encarna un tipo de gobernanza multinivel basada en el principio de atribución de competencias de los Estados miembros a las instituciones de la Unión recogido en el artículo 5 TFUE. Parece que aquella idea vaga de conformar una Europa unida en el año 1957, con el Tratado de Roma, está adquiriendo fuerza y se está consolidando a pesar de que desde un punto de vista diplomático, estratégico y jurídico, es muy mejorable. No dejan de percibirse contradicciones en las políticas de la Unión.

El TFUE recoge nuevos objetivos como el de sostenibilidad en el artículo 11 del TFUE, la defensa de los consumidores en el artículo 12 del TFUE, el bienestar animal en el artículo 13 TFUE, la protección de la salud pública en el artículo 168 TFUE y la cohesión en el artículo 175 TFUE. La PAC actúa como política tractora integracionista de la UE pero ahora las políticas comunes se diversifican y abarcan otros ámbitos, conviven con la PAC. En el artículo 207 TFUE se otorga contenido a la política comercial común y en los artículos 217 y 218 TFUE se establecen los acuerdos internacionales.

En los Acuerdos de Bali en 2013, las negociaciones se centraron en los programas de constitución de existencias de alimentos. El hecho de que el foco recayera en el uso de las políticas de apoyo a los precios y la adquisición pública de alimentos básicos garantizó que la seguridad alimentaria estuviera presente en las negociaciones comerciales multilaterales⁷⁹.

Por fin, el primero hito histórico importante de la OMC se alcanzó en el año 2013 con el Acuerdo de Facilitación del Comercio (AFC) que fue el primer acuerdo significativo alcanzado por los Estados miembros de la OMC desde la celebración de la Ronda de Uruguay en 1986. La facilitación del comercio se muestra como un elemento clave para fomentar el rol de las cadenas globales de valor normalmente organizadas por redes de empresas transnacionales a través de las cuales se realiza el 80 por ciento del comercio mundial⁸⁰. El AFC estaba pensando, sobre todo, para los bienes industriales. No obstante, es cierto que tras la euforia por la firma del AFC en Bali, solo se ratificó por 63 Estados de los 108 que eran necesarios para que entrara en vigor.

Por su parte, el Parlamento Europeo aprobó en 2013 varias Resoluciones sobre asuntos complementarios a la reforma de la PAC como son los ingresos justos para los agricultores, la mejora del funcionamiento de la cadena de suministro de alimentos en Europa, el reconocimiento de la agricultura como sector estratégico en el contexto de la seguridad alimentaria, la agricultura de la UE y el comercio internacional.

Como resultado de las propuestas legislativas que planteó el Parlamento relativas a la PAC, los Estados miembros quedaron obligados a destinar al menos el 30 por ciento de sus fondos de desarrollo rural procedentes del presupuesto de la UE a ciertas medidas relacionadas con la agricultura ecológica, las zonas con limitaciones naturales, la gestión del suelo y la lucha contra el cambio climático, así como a evitar la doble financiación entre estas medidas y los pagos verdes del primer pilar⁸¹.

España fue la más perjudicada con estos reajustes porque pasó de ser una de las mayores beneficiarias de las ayudas agrícolas a convertirse en contribuyente neto a

⁷⁹FAO, *El Paquete de Bali: repercusiones para el comercio y la seguridad alimentaria*, en Informes de FAO sobre las políticas comerciales relativas a cuestiones relacionadas con las negociaciones de la OMC sobre agricultura n° 16, Roma, 2014, pp. 1-4, en especial p. 2.

⁸⁰FERRANDO, A., *La Ronda Doha de la OMC: Bali 2013. El acuerdo sobre facilitación del comercio*, Instituto de Empresa Internacional (IEI), 2014, Buenos Aires, pp. 1-34, en especial p. 26.

⁸¹PARLAMENTO EUROPEO, *El segundo pilar de la PAC: la política de desarrollo rural*, Fichas técnicas de la UE, 2017, pp. 1-5

partir de 2013. Esto se debió a que la situación en España había mejorado considerablemente. La ampliación hacia Europa del Este significó que las regiones más pobres de España ya no eran las más pobres de Europa.

En la Reforma de 2013 se puso énfasis en la mejora de la competitividad del sector y en el refuerzo en los instrumentos para ganar equilibrio en la cadena alimentaria a través de las OP⁸², las Asociaciones de Organizaciones de Productores (AOP) y las Interprofesionales. Se impuso la obligación a los Estados miembros de reconocer las OP y las AOP. Se potenció la política de promoción y calidad a través de las Denominaciones de Origen Protegidas (DOP) y las Indicaciones Geográficas Protegidas (IGP) en el *Paquete calidad*.

En este contexto, el mantenimiento de unos mercados equilibrados con unos precios y rentas estables para los productores jugó un papel fundamental ya que fueron precisamente estas retribuciones de los mercados las que marcaron la rentabilidad de las explotaciones y las que determinaron la necesidad de apoyar a los productores a través de los pagos directos. Bajo estas premisas, con la volatilidad creciente de los precios de las materias primas, la seguridad alimentaria entendida como garantía de suministro de alimentos, la globalización de los mercados agrarios y la crisis económica, se planteó la reforma de la PAC de 2013 sobre los ejes de mejora de la competitividad, sostenibilidad y eficacia de la producción agraria europea⁸³.

Por lo tanto, fue necesario reorientar las herramientas de mercado convencionales para adaptarlas a la realidad del mercado, mejorar los instrumentos de gestión de crisis y proteger la posición de los agricultores en la cadena agroalimentaria. Se reconocía así, por primera vez a nivel europeo y para todos los sectores agrícolas y ganaderos, la necesidad de dar un paso más y avanzar en el equilibrio de la cadena a través de un marco de cooperación sectorial y de relaciones estables entre los distintos agentes. La experiencia adquirida con las medidas del conocido como *Paquete lácteo* puestas en marcha unos años antes, en 2012, serviría de punto de partida para el análisis y reflexión para iniciar los debates y valorar la oportunidad de regular en la UE las relaciones y la negociación contractual.

⁸²Artículo 73 y siguientes del Reglamento n° 1308/2013.

⁸³AGÜERO MONEDERO, J.L., “Las medidas de mercado en la nueva PAC 2015-2020”, *Ambienta* n° 112, 2015, p. 28.

Será la Comunicación 2009/591 de la Comisión la que anime a los Estados miembros a regular internamente sus propias cadenas alimentarias. Consecuencia directa de la misma se aprueba en España la Ley 12/2013, de 2 agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria⁸⁴.

El 17 de diciembre de 2013 se aprobó el Reglamento nº 1308/2013 de la OCMA que derogó el anterior Reglamento nº 1234/2007 de la OCM única. La OCMA regula la red de seguridad de los mercados agrarios complementada con una serie de medidas de actuación en caso de crisis, unos programas de apoyo específicos para determinados sectores, los sistemas de limitación de la producción, las normas de comercialización para los productos en la UE, el régimen de intercambios con terceros países y desde el 2014 una serie de medidas relacionadas con la cadena de valor agroalimentaria⁸⁵.

Una medida muy importante que destaca de este Reglamento nº 1308/2013 es que, si llegado el caso, ni la red de seguridad ni las medidas de crisis fueran capaces de equilibrar el mercado, en caso de graves perturbaciones, con carácter temporal (máximo seis meses), la Comisión podrá autorizar una excepción en la normativa de competencia para que el propio sector, a través de las OP o de Interprofesionales reconocidas, participe en la gestión de la crisis de mercado mediante acciones tales como retirada de productos o distribución gratuita de los mismos, almacenamiento de mercancías por operadores privados o medidas de promoción conjunta⁸⁶.

Por lo tanto, la excepción agraria al Derecho de la competencia adquirió un protagonismo singular en esta reforma que se enfrentaba a la crisis de los precios agrarios y al desequilibrio entre el poder negociador de los agricultores y la distribución. La PAC se ocupaba de la excepción agraria al Derecho de la competencia a pesar de que las autoridades de defensa de la competencia afirmaban que la Agricultura no podía quedar exenta de la aplicación de estas normas porque dicha exención no iba a resolver los problemas estructurales que tenía el sector⁸⁷.

⁸⁴Publicada en el BOE 3.08.2013.

⁸⁵AGÜERO MONEDERO, J.L., *op.cit.*, nota 82, p. 30.

⁸⁶*Ibidem*, pp. 34 y 35; Artículos 222 y 33 del Reglamento 1308/2013 de la OCMA.

⁸⁷GUILLEM CARRAU, J., “La Política Agraria Común y el Derecho de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, nº 26, 2014, p. 151.

El objetivo que persiguen las reglas de competencia es garantizar las condiciones óptimas del mercado para el ejercicio de las actividades empresariales y son esenciales para el mantenimiento del Mercado Único. Para la mayoría de la doctrina, el artículo 39 TFUE que describe los objetivos de la Política agraria común prevalece sobre el artículo 101 TFUE que establece las conductas prohibidas por las normas de competencia⁸⁸. El propio Tribunal de Justicia de la UE considera que el artículo 42 del TFUE reconoce la primacía de los objetivos de la política agrícola sobre los objetivos del Tratado en el ámbito de la competencia⁸⁹.

El año 2014 fue un año de transición para la Política Agraria. Los Estados miembros aprobaron la aplicación de nuevas disposiciones con objeto de poder elegir sobre el sistema de convergencia de ayudas directas, el nivel de pagos no disociados, la implantación o no del pago redistributivo y la preparación del Plan de Desarrollo Rural⁹⁰ ¿Se está asistiendo a una renacionalización de la PAC que debilita el principio de atribución de competencias? ¿O se trata de un ejercicio preciso de gobernanza multinivel?

La reforma de la PAC se aplicó el 1 enero de 2015, el presupuesto que se asignó representó el 39,4 por ciento del total. Los gastos relativos a la cohesión económica, social y territorial y los gastos para promover la competitividad para el crecimiento y el empleo representaron un 54,9 por ciento del presupuesto de la UE. Por fin surgen políticas que empiezan a absorber un presupuesto financiero superior a la PAC.

La siguiente Ronda de la OMC se celebró en Nairobi en 2015. En esta ronda de negociación se eliminaron los subsidios a la exportación de los productos agrícolas que distorsionaban mucho los mercados mundiales. Realmente el compromiso que asumieron los países desarrollados fue suprimirlos progresivamente con fecha tope de 2018.

⁸⁸*Ibidem*, p. 143.

⁸⁹Sentencia TJCE de 29 de octubre de 1980, caso *Maizena* asunto 139/79, considerando 23; Comunicado de la Comisión Europea, Directrices sobre aplicación de las normas específicas previstas en los artículos 169, 170 y 171 del Reglamento de la OCM para los sectores del aceite de oliva, de la carne de vacuno y de los cultivos herbáceos 2015/C 431/01, DOUE 22.12.2015, pp. 1-41, en especial pp. 4-12.

⁹⁰Reglamento n° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento n° 1083/2006 del Consejo.

En este momento parece que la PAC se tambalea, la unidad de mercado deja paso a la flexibilidad, la preferencia comunitaria se relaja frente al multilateralismo, la solidaridad financiera se sustituye por la disciplina financiera que conduce a la cofinanciación por parte de los Estados. La internacionalización de las nuevas producciones agrarias es fundamental y necesaria para estabilizar el mercado europeo y mantener sus precios. El interrogante es qué porcentaje de producción podrán asumir estos nuevos mercados exteriores y cómo evolucionará el consumo en el tiempo.

El CESE, por su parte, considera que la defensa del modelo agrícola europeo es incompatible con las condiciones del mercado mundial porque no es posible producir en todas las regiones europeas con esas condiciones tan exigentes mientras se garantiza la calidad y la seguridad de la producción bajo una gestión sustentable de recursos naturales y se asegura un mercado de trabajo de alto nivel y beneficios. Las distorsiones de la cadena alimentaria cuestionan la sostenibilidad del modelo agroalimentario europeo y amenazan las perspectivas a largo plazo de los integrantes de la cadena de valor y del orden económico y social de la UE. La producción agrícola garantiza la seguridad alimentaria y la calidad de los alimentos y es esencial para la prosperidad de las zonas rurales y la protección del paisaje rural frente a la amenaza del abandono de tierras y el éxodo rural en Europa.

El sector productor está atomizado y la gran distribución está concentrada. Habría que reducir eslabones en la cadena alimentaria para mejorar su eficiencia. Esta es una de las máximas del comercio internacional, reducir los intermediarios para asegurar la calidad y los buenos precios del producto en un canal corto de venta.

Los rápidos cambios que se producen a nivel mundial podrán ofrecer amplias oportunidades a un mayor número de actores, tanto estatales como no estatales, si estos son flexibles. Sin embargo, la multiplicación de los actores también dificultará la cooperación internacional. En la medida que el poder se hace cada vez más difuso, también se hará más limitado, y por tanto, la capacidad para asociarse y construir coaliciones políticas será clave⁹¹. La gobernanza se está convirtiendo en un compañero de viaje necesario para la PAC y la UE en su evolución histórica.

⁹¹GREVI, G., KEOHANE, D., LEE, B., LEWIS, P., *Empowering Europe's Future: Governance, Power and Options for the EU in a Changing World*, ESPAS Ed., 2013, pp. 1-147, en especial p. 10.

A través de las cooperaciones reforzadas, los Estados preservan cierta capacidad legislativa que aún no han asignado a los órganos supranacionales. Esto permite a un mínimo de nueve Estados miembros, siempre que no se trate de competencias exclusivas de la Comisión, suscribir compromisos adicionales para avanzar en el proceso de integración según se prevé en el artículo 20 TUE y los artículos 326 a 334 TFUE. Respecto a las cuestiones agrarias, incluso se podría plantear un supuesto en el que aplicar el mecanismo de la cooperación reforzada cuando se habla de la armonización de los regímenes de gestión individual del riesgo.

La Ley Agraria americana ha sido para la UE un referente en cuestiones agrarias y así se ha demostrado en las sucesivas reformas de la PAC. Se podría incluso considerar que las reformas de la PAC han sido un reflejo de todas y cada una de las reformas de la Ley Agraria de los Estados Unidos. Asusta observar las similitudes y los paralelismos que existen entre ambas leyes que regulan el sector agrícola en los bloques hegemónicos económicos por excelencia. Al observar la última reforma de la Ley americana, aprobada en 2014 tras dos años de intensas discusiones, se entrevé el mismo problema que existe en la UE que recae sobre los instrumentos que se pueden aplicar para gestionar los riesgos en la agricultura. En concreto, propone la cobertura de riesgos por variación de precios, por variación de ingresos y todo ello acompañado de los seguros de las cosechas por fuerza mayor o circunstancias climáticas que, casualidad, alcanzan la ayuda de un 65 por ciento. Exactamente coincide todo con la última propuesta que ha realizado la Comisión Europea en la Reforma Horizonte 2020⁹².

Estos instrumentos, para poder aplicarse, deben ser compatibles con las normas de la OMC y, por lo tanto, se aconseja que se incluyan dentro de la caja verde que no desestabiliza los mercados mundiales. Para que esto sea así, las pérdidas de los ingresos deben ser comparadas con las de un periodo anterior de tres años, mínimo, y no deben estar relacionadas ni con la producción ni con los precios internos o internacionales.

⁹²BARDAJI, I., GARRIDO, A., SUMPSI, J.M., GARCÍA AZCÁRATE, T., BLANCO, I., FELIX, A., , ENJOLRAIS, G., CAPITANO, F., “Desarrollo y aplicación de políticas de gestión de riesgos en los Estados Miembros de la UE”, Investigación para el Comité de Agricultura, Parlamento Europeo, en Jornada sobre *El Sistema de Seguros Agrarios en el Horizonte 2025* ENESA, Madrid, 1 de Marzo 2016, pp. 1-18.

Este engranaje requiere una contabilidad y un complejo sistema de control que no es fácil de instrumentar⁹³.

Parece que la UE y la PAC van de la mano en el ejercicio de tres dinámicas que confluyen en el tiempo como son la ampliación, la profundización y la globalización. La UE siempre ha tenido pretensiones de seguir creciendo. Desde este punto de vista, se discute la unidad política que subsiste tras tantas ampliaciones y visiones divergentes de los Estados miembros que la constituyen. Por otro lado, la profundización en cada Estado podría conformar un mensaje coherente y unitario de integración pero no lo logra. Se aprecia un choque entre la ampliación y la profundización como políticas de integración europeas muy difícil de conciliar.

La globalización expone a la UE ante un escenario internacional en el que no queda claro si es actor o mero observador. La personalidad jurídica de la UE quedó reconocida pero su estatus difiere mucho de un organismo internacional a otro. La legitimidad de la UE se sustenta sobre todo en el reconocimiento como observador que le concedió las Naciones Unidas en su Asamblea General⁹⁴, pero la UE debe aspirar a convertirse en miembro de pleno derecho en cada agencia y en cada organización. Para ello, debe centrarse en obtener legitimidad para ejercer su plena personalidad jurídica en el ámbito europeo y en el internacional.

Solo desde un ejercicio interno en el que convivan perfectamente el principio de atribución de competencias y la descentralización, donde se respeten los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, donde se escuche a todos los actores que representen los intereses del ciudadano en un ejercicio de gobernanza democrática, solo desde esta perspectiva y este esfuerzo conjunto y colectivo, la UE podrá adquirir la legitimidad que necesita para actuar con personalidad jurídica plena. Esa personalidad que necesita para representar a todos los Estados miembros y a toda la ciudadanía europea, para ser un actor internacional en todos los foros, para negociar, firmar y ratificar Tratados sin limitaciones.

⁹³PARLAMENTO EUROPEO, *Comparative Analysis of risk management tools supported by the 2014 farm bill and the cap 2014-2020*, Agriculture and Rural Development Study, 2014, pp. 1-89, en especial pp. 44-52.

⁹⁴CONSEJO EUROPEO, *La Unión Europea en la Asamblea General de Naciones Unidas*, <http://www.consilium.europa.eu/es/policias/unga/>, visitada el 20.12.2016.

Para la configuración y redacción de los principios rectores de la próxima PAC, cuya revisión intermedia no se ha realizado como estaba prevista en 2016, seguramente influirán las negociaciones multilaterales en vigor relativas al comercio mundial (OMC y TiSA) y al medioambiente (Kioto). Influirán también los acuerdos comerciales bilaterales como el CETA y las políticas proteccionistas que están adoptando Estados Unidos y Reino Unido. En las próximas reformas de la política agraria en Europa se tendrán presentes aspectos como el hambre en el mundo, el avance del cultivo de los agrocombustibles, la soberanía alimentaria, los transgénicos, las reducciones de CO₂, las migraciones forzosas, las ampliaciones o reducciones de la UE, el consumo de leche en el mundo, las fluctuaciones de los precios agrícolas y los aspectos financieros mundiales.

Para García Azcárate, la próxima reforma de la PAC tendrá como objetivo necesario la mejora de las relaciones comerciales en la cadena alimentaria. Este autor valora la existencia de un tercer pilar dentro de la PAC que denomina PACTER y es sobre este tercer pilar sobre el que recaerá la mayor parte del presupuesto y las actuaciones de la Política agraria. Los ejes de este tercer pilar serán la cadena alimentaria, la política de calidad y el observatorio de los precios de los alimentos y los mercados⁹⁵.

Quien considere que la agricultura europea es una materia independiente e inconexa del resto de políticas, se equivoca. Los alimentos se producen y se comen, se comercializa con ellos, se negocia y se buscan alternativas a los mismos. No se debe desvincular la agricultura de todo lo demás. Priorizar unos intereses economicistas y especulativos sobre unos derechos humanos es una perversión que debería perseguirse porque la vida, la alimentación y la dignidad del ser humano debe estar por encima del libre mercado y del buen funcionamiento de la economía.

El Banco Mundial señala que una cadena de suministro que interviene en el comercio internacional es tan fuerte como su escalón más débil donde los obstáculos o

⁹⁵GARCÍA AZCÁRATE, T., “Reflexiones personales sobre una política europea alimentaria y territorial”, *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros* n° 244, 2016, pp. 105-119, en especial pp. 108 y 109.

los retrasos en una o dos zonas puede tener graves repercusiones para la competitividad global⁹⁶.

Como señaló la FAO, de los cuatro factores que intervienen para que se dé la inseguridad alimentaria, es la no disponibilidad física de los alimentos⁹⁷ la causa principal de la misma. Y según el Dictamen del CESE sobre *la PAC en el Horizonte de 2020*⁹⁸, el abastecimiento alimentario debe ser a precios razonables, que pueda conseguirse valorando el poder adquisitivo de la población.

En 2050 habrá que alimentar a nueve mil millones de personas en el mundo⁹⁹. Se debe asegurar la seguridad alimentaria globalmente, es obligación de los países desarrollados. Este aprovisionamiento/producción de alimentos debe realizarse preservando el medio ambiente, con menos materias primas, con menor gasto energético y para más millones de personas. Las circunstancias exigen que seamos *super* eficientes y actuar sosteniblemente¹⁰⁰.

Este enfoque no deja de ser pretencioso respecto al papel que nos asigna como productores de alimentos que necesitarán otros pobladores del mundo. Coloca a la UE en una posición de asignación de recursos alimentarios que, si bien puede resultar aconsejable por la colaboración intergubernamental que sugiere el Parlamento Europeo¹⁰¹, no deja de atentar contra la soberanía alimentaria que defiende Vía Campesina¹⁰².

En mi opinión, un derecho lícito y razonable que, si no fuera por la tergiversación de la teoría del libre comercio y el mal uso que están haciendo del mismo las multinacionales, habría que aplicar inmediatamente en todos los países del mundo. Hay que dar al sector primario la importancia que se merece. Cuando se habla de los principios que debe tener en cuenta la PAC, sería más preciso hablar de la soberanía

⁹⁶BANCO MUNDIAL, *Haciendo negocio*, World Bank's Logistics Performance Index, 2012; FERRANDO, A., *op.cit.*, nota 80, p. 6.

⁹⁷FAO, *Ley Marco Derecho a la Alimentación, seguridad y soberanía alimentaria*, Panamá, 2013.

⁹⁸CESE, Dictamen sobre la Comunicación *La PAC en el horizonte de 2020: Responder a los retos futuros en el ámbito territorial, de los recursos naturales y alimentario*, 2011/C 132/11, COM (2010) 672 final, DOUE 3.05.2011, pp. 8-15.

⁹⁹FAO, *La agricultura mundial en la perspectiva del año 2050*, Como alimentar al mundo 2050, Foro de expertos de alto nivel, Roma, 2009, pp. 1-4, en especial p. 2

¹⁰⁰CELMA ALONSO, P., *op.cit.*, nota 31, pp. 191-224.

¹⁰¹PARLAMENTO EUROPEO, Resolución 2012/C390, DOUE 18.12.2012.

¹⁰²LA VÍA CAMPESINA, *Las luchas del campesinado en el mundo*, Enhe, 2009.

alimentaria en vez de la seguridad alimentaria. De esta manera, se plantearía la posibilidad de una gobernanza de los pueblos en temas agrícolas. La soberanía alimentaria ataca los valores librecambistas de la OMC y asigna todo el protagonismo a los productores que trabajan las tierras y producen los alimentos¹⁰³.

Vía Campesina va más allá, denuncia la PAC en Europa y la Ley Agraria en Estados Unidos. Promueve la Declaración de los derechos de los campesinos y hace suyas las campañas por la reforma agraria y por las semillas. La soberanía alimentaria coloca en un primer plano la seguridad alimentaria y considera el comercio como un medio para conseguir un fin y no como un fin en sí mismo. Sin embargo, parece que la seguridad alimentaria no logra evitar la globalización ni la industrialización de los productos agrícolas.

Este enfoque va a permitir entender la PAC con sus contradicciones. Porque si bien es cierto que la PAC preserva la producción agrícola y asegura las rentas de los agricultores, ha evolucionado hacia la modernización-industrialización de las explotaciones familiares y ha provocado la desertización de algunas tierras por los cultivos intensivos. La PAC pretende ser la política por excelencia fortaleciendo las instituciones europeas mientras descentraliza competencias a favor de los organismos regionales y locales de los Estados miembros. Es decir, simultáneamente es integracionista y se renacionaliza en un escenario de gobernanza multinivel.

El presidente de Estados Unidos ya ha declarado que las relaciones comerciales en este nuevo escenario global van a ser bilaterales, al menos con Estados Unidos. Esta medida entraña dos riesgos. En primer lugar, si Estados Unidos se va de los acuerdos multilaterales alcanzados hasta el momento como ya ha hecho con el TTP, China podría adquirir un protagonismo singular porque no tendría rival. Eso sí, no se puede perder de vista que el régimen chino proviene del comunismo y heredan prácticas que quizás no sean el mejor exponente para la apertura comercial. En segundo lugar, habría que analizar si se produce un conflicto de intereses en Estados Unidos, entre los políticos y los económicos. Lo que parece claro es que ahora el futuro deviene incierto y que, desde luego, la política americana y las decisiones que se tomen incidirán en el nuevo escenario comercial mundial.

¹⁰³Como ya mencionó la Encíclica Mater et Magistra en 1961.

Con este marco en auge de celebración de acuerdos bilaterales, se puede apreciar una cierta obsolescencia de la OMC y los principios que defiende. En primer lugar, porque el multilateralismo es complejo, lento y poco operativo. En segundo lugar, porque da igual los principios que la OMC promulgue y defienda si su incumplimiento no acarrea ninguna consecuencia. Que no exija el cumplimiento de sus normas le hace perder credibilidad internacional.

No obstante, la premisa de la defensa del libre comercio y el mercado subsiste y si se toma como eje la misma, se entiende la vigencia de las negociaciones bilaterales con objeto de seguir promoviendo la libre competencia en escenarios más globales frente a la caducidad y la inoperatividad del multilateralismo. La doctrina considera que la OMC está estancada porque no logra alcanzar acuerdos que vinculen multilateralmente a los países que la conforman. Es mucho más sencillo alcanzar acuerdos bilaterales¹⁰⁴, entre dos partes, que entre tres partes o más. Consecuencia de esta realidad, se están negociando en estos momentos acuerdos bilaterales que tendrán un alcance mundial *fuera del amparo* de la OMC.

Valoraciones

Desde sus inicios, la PAC ha tenido que enfrentarse a una cuestión de legitimidad, ha tenido que justificar por qué gastaba tanto dinero sólo en agricultura. La ejecución de la PAC recaía en las instituciones europeas pero, poco a poco, se fue transfiriendo a las administraciones de los Estados miembros. La descentralización de la PAC es ya un hecho.

Desde un punto de vista externo, la PAC generaba debate por los objetivos que perseguía que, con el paso de los años y las reformas que se realizaron, fueron cambiando. En sus inicios se consideró una política de seguridad alimentaria que influía en el comercio mundial de alimentos y luego fue asumiendo nuevos retos como el cambio climático, la biodiversidad, la energía y la gestión del agua, entre otros. La UE, como miembro de pleno derecho de la CMNUCC, se comprometió a reducir a la mitad sus emisiones de CO2 para 2020. Quizás sería conveniente intentar alcanzar estos

¹⁰⁴Algunos de los programas bilaterales que se pusieron en funcionamiento son Todo menos armas, AGOA que impulsaba el comercio entre África y Estados Unidos, La Ley de Asociación Comercial para la cuenca del Caribe, el Tratado de Libre Comercio en América del Norte NAFTA, el Tratado de libre comercio para América Central y la Zona de libre comercio para las Américas, entre otros.

objetivos de manera transversal, no dejando a la PAC en solitario como buque insignia¹⁰⁵.

En mi opinión, se trata de objetivos ambiciosos y deberían planificarse a largo plazo además de involucrar a todas las políticas sectoriales de la UE para poder alcanzarlos y mantenerlos en el tiempo. Estos nuevos retos afectan a otras políticas comunes como la política pesquera común, la energética, de transportes y turismo, la política industrial, la regional y de cohesión, la medioambiental, la de protección a los consumidores y salud pública entre otras. Es necesaria la actuación conjunta de todas ellas.

Cuando se habla de Europa, se habla de legitimidad política y de legitimidad social. Desde un punto de vista social y ante las crisis sanitarias, la PAC debería velar por la protección de la ciudadanía europea en su conjunto y, además, debería ser un referente para paliar la inseguridad alimentaria en el mundo. Un fin último de este tipo le daría toda la legitimidad social externa que necesita para seguir funcionando y seguir recibiendo los apoyos de otras instituciones internacionales.

A pesar de que la PAC lleva en funcionamiento 60 años, la legitimidad política aún no la ha alcanzado. Las sucesivas ampliaciones, la disparidad económica, política y agraria de los países miembros (algunos de ellos ex comunistas) y las crisis que azusan el panorama europeo afectan. Todo ello ha influido para que no se pueda afirmar con mayúsculas que la PAC tiene legitimidad política.

Como señala Álvarez Rubio, sólo haciendo concesiones nacionales se pueden conseguir logros europeos y, hoy por hoy, los Estados miembros distan de hacer más concesiones a favor de los organismos supranacionales o europeos. Los Estados temen perder su soberanía nacional. *Más Europa*¹⁰⁶ apuesta por una integración mayor y por más concesiones que deben realizar los Estados miembros a favor de la UE, a través de sus instituciones y de su política interna. Sin embargo, a día de hoy, siguen existiendo discrepancias y una defensa del Estado-nación en algunos casos que dificulta esta

¹⁰⁵PUXEU ROCAMORA, J., “El nuevo sistema agroalimentario en una crisis global, la Política Agraria común y los márgenes de las políticas nacionales”, *Mediterráneo Económico* n° 15, 2009, pp. 383- 401,

¹⁰⁶ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “30 Años de España en Europa, una visión desde Euskadi”, *Diario La Ley* n° 8789, 2016.

aproximación. Con la materialización del Brexit se tambalea aún más esta anhelada integración.

La PAC, durante tantos años, ha estado favoreciendo a una minoría representada por el sector productivo-industrial frente al pequeño agricultor, a pesar del posicionamiento de la Comisión a favor de la agricultura familiar en muchas ocasiones. El modelo europeo de agricultura hacía compatibles los criterios de productividad con un alto nivel de seguridad alimentaria, con un proceso progresivo de trazabilidad y con una preocupación razonable por el bienestar de los animales. Esta agricultura sirvió de base a una industria agroalimentaria potente que mantenía criterios de calidad y exigencia con una aportación importante de I+D+i que abastecía a consumidores exigentes con una vocación complementaria de exportar productos con alto valor añadido¹⁰⁷. Habría que analizar hasta qué punto las exigencias que tiene la UE en la producción de sus productos agrícolas se exigen en otros países que producen los mismos productos y que compiten con los productos europeos dentro de un mercado global. Este razonamiento explicaría muchas cosas.

Si presupuestariamente se persigue el principio de eficiencia y simplificación, desde un punto de vista económico y comercial se persigue el principio de competitividad de la agricultura europea en los mercados mundiales consecuencia de la globalización. La UE cuenta con 12 millones de agricultores y con 4 millones de personas que trabajan en el sector alimentario¹⁰⁸ a pesar de que, como consecuencia de las crisis alimentarias y financieras, se han cerrado muchas explotaciones y ha habido un éxodo del campo a la ciudad. Las ayudas que concede la PAC no son proporcionales a la mejora en el nivel de vida de los agricultores que, a pesar de esas concesiones, no logran salvar sus explotaciones agrarias. Cada vez hay menos explotaciones pero son más grandes consecuencia de la concentración parcelaria y de los incentivos a las grandes propiedades agrícolas.

Paralelamente a la competitividad de la agricultura europea, hay que hablar de la competitividad política que tiene la UE en el mundo global. El artículo 47 del TUE¹⁰⁹ reconoce personalidad jurídica a la UE. A pesar de ello, solo es miembro de pleno

¹⁰⁷PUXEU ROCAMORA, J., *op.cit.*, nota 105, pp. 383- 401.

¹⁰⁸COMISIÓN EUROPEA, Una asociación entre Europa y los agricultores, Política agrícola común de la UE: por nuestra alimentación, nuestro campo y nuestro medio ambiente, pp. 1-26, en especial p. 4.

¹⁰⁹Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht.

derecho en la FAO, en la OMC, en el Convenio Marco de Naciones Unidas para el cambio climático y en la Comisión para el Desarrollo Sostenible (CDS).

El reconocimiento de la UE como agente internacional es irregular, funcional, limitado e impreciso. Para ser competitiva comercial y políticamente, la UE debería tener competencia en todas las materias y además tener legitimidad en todas las instituciones y agencias internacionales como miembro de pleno derecho. Se asiste a un proceso de pérdida de soberanía del Estado nación que ha sido sepultado por no responder debidamente a las exigencias ciudadanas en este mundo globalizado. Para Habermas, la respuesta es la constitución de unidades políticas mayores y regímenes transnacionales, sin romper con la legitimación democrática y compensando la pérdida de funciones del Estado nación¹¹⁰.

Los Estados miembros deberían desterrar esa visión soberanista limitante que les impide acomodarse al nuevo escenario repleto de actores internacionales y en donde estarían mejor representados con un único mensaje, el mensaje consensuado, deliberado y representativo de la UE. El mayor reto al que se enfrentan es aunar tantas voluntades e intereses divergentes en un escenario que debería ser de unidad. Solo desde esta visión *européista* se puede construir y otorgar legitimidad a las actuaciones de la UE.

Se hablaría entonces de una *soberanía común o compartida* por todos los actores europeos, por la Unión y sus Estados miembros y este posicionamiento es necesario para que la UE adquiriera legitimidad como actor internacional. La soberanía debe tenerla la Unión que nos representa asumiendo más competencias y más autoridad y desarrollando más sus instituciones.

El posicionamiento de la PAC ante la globalización no está claro. La agricultura europea pretende avanzar hacia la competitividad en los mercados globales, pero aún no ha adquirido todas las destrezas que necesita para lanzarse en solitario a ese mercado voraz. Quizás la PAC aún no tenga los resortes adecuados para adentrarse en ese escenario mundial a pesar de que se va inexorablemente hacía allí. ¿Puede sobrevivir la PAC sin las ayudas?

¹¹⁰BAVARESCO, A., “La crisis del Estado nación y la teoría de la soberanía en Hegel”, *Revista de pensamiento y análisis* 1/2003, Castellón, 2003, pp. 55-80, en especial pp. 61-62.

Los estándares de la UE relativos a normas de calidad, seguridad alimentaria, protección del medioambiente, bienestar animal, trazabilidad y respeto de estándares sociales mínimos son los más elevados del mundo. Sería conveniente no rebajar los niveles de exigencia que establece la UE para sus propios productos con respecto a los productos que llegan de fuera. Hay que ser conscientes de la dificultad que entraña, sobre todo para los países en vías de desarrollo y para los países menos adelantados, equiparar sus productos a los nuestros porque cumplir la normativa de la UE puede ocasionarles unos gastos extras que no se pueden permitir.

El fin último de la OMC es promover y facilitar las relaciones comerciales entre todos los países del mundo derribando las barreras arancelarias y otros obstáculos al comercio. Esto explica que desde los orígenes de la PAC, la OMC se ha posicionado exigiendo a Europa que suprima las subvenciones a la exportación y otras medidas intervencionistas que protegen a la agricultura europea y desestabilizan el mercado mundial de productos agrícolas, pero no lo ha conseguido.

El incremento en la volatilidad de los precios agrícolas internacionales ha debilitado la confianza en la liberalización del comercio. La crisis económica se ha traducido en una ralentización económica y en desempleo. Se refuerzan las políticas proteccionistas en Europa y Estados Unidos tiende al aislacionismo.

A pesar de todos los esfuerzos realizados en las sucesivas rondas de negociación y en los acuerdos de agricultura de la OMC, parece que no se ha avanzado nada. Siguen activas las políticas proteccionistas en los países desarrollados y las normas que establece y aprueba la OMC no se aplican y no pasa nada. Es necesaria una mayor operatividad y mejores soluciones a los problemas que afectan a los países. Quizás es el momento de plantearse una reforma radical de la OMC o su supresión.

Mientras tanto, la liberalización de los mercados agrarios continúa avanzando a favor de las principales empresas multinacionales del sistema agroalimentario a costa de las economías campesinas y las explotaciones agrícolas familiares. De esta manera, se consolida un sistema agroalimentario en el que la agricultura desempeña un papel subordinado respecto a las industrias de insumos agrarios, la industria de transformación alimentaria y la gran distribución comercial.

Se fortalece la agricultura industrializada y orientada a los mercados globales guiada por criterios de rentabilidad y desvinculada de las necesidades alimentarias de la población y de las familias. Se sacrifica la agricultura campesina ligada a los mercados locales en beneficio de los principales capitales agroalimentarios que buscan rentabilidad dentro de un escenario global¹¹¹. Esto es intolerable.

¹¹¹SOLER MONTIEL, M., *op.cit.*, nota 32, p. 45.

La Política de Competencia en su proyección sobre el agro español.

**LA POLÍTICA DE COMPETENCIA:
INTERACCIÓN CON LA LEY DE LA CADENA ALIMENTARIA.**

CAPÍTULO II. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

Los agricultores que viven consagrados a elevar la riqueza del campo pueden pedir con todo derecho que los gobernantes ayuden y completen sus esfuerzos¹¹².

Resulta incuestionable que las conductas y acciones sobre las que actúa el Derecho de la competencia son típicamente privadas; contratos mercantiles, comercialización de productos, fijación de precios, fusiones de empresas. A la doctrina iusprivatista no le resulta ajena esta transformación que reorienta su línea clásica como derecho propio de la autonomía de la voluntad a un tipo de norma que tiene muy presentes los intereses generales que trascienden al libre acuerdo de las partes en el mercado y la contratación y en donde, cada vez más, es necesaria la intervención de las Administraciones Públicas en la economía para restablecer las condiciones ideales del mercado y así garantizar la libertad y la igualdad de los operadores económicos cuando acceden a éste¹¹³.

Puede afirmarse, por lo tanto, que diversos acontecimientos tales como la aparición del consumidor como nuevo sujeto del Derecho privado que precisa de reglas especiales de protección; el cambio de la competencia desleal que ahora tutela la libre competencia en determinados aspectos; un entendimiento amplio del Derecho privado pensado en términos de protección institucional, son manifestaciones de la convergencia de las perspectivas jurídicas pública y privada, que encuentran en el ámbito de la defensa de la competencia un entorno adecuado en el que desenvolverse.

Ahora bien, al descender a la protección de la libre competencia en el sector agroalimentario y mirar con perspectiva, se observa que los precios de los alimentos aumentaron significativamente después de 2007 y que, desde entonces, se han mostrado volátiles. Las causas que motivaron la subida de los precios en los alimentos fueron el

¹¹²CARTA ENCÍCLICA Mater and Magistra de JUAN XXIII, la Santa Sede, Roma, 1961, pp. 1-55, en especial p. 32.

¹¹³GUILLEN CARAMÉS, J., “La descentralización del Derecho de la competencia en España” en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 751-888, en especial pp. 752-754.

incremento del coste del petróleo y otras materias primas necesarias para la producción de alimentos así como el encarecimiento de los piensos que alimentaban al ganado. Casanovas Oliva llegó a demostrar que el aumento de los precios del gasóleo fue proporcional al aumento de los importes de los insumos¹¹⁴. El desarrollo de la crisis de los alimentos reveló un comportamiento anómalo porque cuando se incrementaban los precios, estos se trasladaban rápidamente al consumidor y, sin embargo, cuando disminuían los precios, esta bajada no repercutía en lo que pagaban los consumidores¹¹⁵. Se constató que las causas que estaban detrás de esta crisis fueron razones especulativas porque la producción aquellos años fue elevada, no respondió a la escasez de alimentos como tal. Estos hechos suscitaron muchos recelos.

Todas las causas que provocaron la subida de los precios de los alimentos actuaron como detonante para impulsar y promover el ejercicio del Derecho de la competencia en Europa en el año 2007. En esta época, la Política de competencia, al centrarse en los grandes cárteles, contribuyó significativamente al bienestar de los consumidores¹¹⁶. En este momento adquirió fuerza el trinomio Política de competencia, su instrumento el Derecho de competencia y su ámbito de aplicación el Mercado Único¹¹⁷.

Las autoridades europeas de competencia intensificaron su actividad en el sector alimentario a partir de 2007 y elaboraron un interesante informe en 2012 sobre el cumplimiento de la ley de competencia monitorizando, de paso, las actividades del mercado en el sector alimentario¹¹⁸. Qué autoridad será competente para conocer dependerá de la afectación al comercio intracomunitario. Se considera que no habrá afectación comunitaria si las partes implicadas tienen una cuota de mercado inferior al cinco por ciento y un volumen de negocios inferior a los cuarenta millones de euros¹¹⁹. Normalmente, el ámbito geográfico y las específicas características estructurales de los mercados alimentarios en cada Estado miembro condicionará que sean las autoridades

¹¹⁴CASASNOVAS OLIVA, V.L., “De las cuotas lácteas a las cuotas de mercado”, *Revista Frisona Española* n° 184, Madrid, 2011, pp.112-113.

¹¹⁵COMPÉS LÓPEZ, R., *op.cit.*, nota 11, p. 238.

¹¹⁶COMISIÓN EUROPEA, Informe sobre la Política de Competencia, Bruselas, 2007, p. 5, http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2007/es.pdf, visitada el 25.03.2016.

¹¹⁷LAMO DE ESPINOSA, P., *op.cit.*, nota 19, p. 16.

¹¹⁸EUROPEAN COMPETITION AUTHORITIES, *Report on competition law enforcement and market monitoring activities by in the food sector*, 2012, pp. 1-155, en especial pp. 15-17.

¹¹⁹COMISIÓN EUROPEA, Comunicación sobre las *directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*, DOUE 27.4.2004.

nacionales de competencia las mejor posicionadas para aplicar las normas de competencia¹²⁰.

El criterio de afectación delimitará que se apliquen normas nacionales o comunitarias. Es decir, cuando se trate de actuaciones dentro de un Estado miembro pero que, por su alcance, pueden llegar a afectar al comercio con otros Estados miembros, en este caso se aplicará el derecho comunitario¹²¹. Para la aplicación en España de las normas europeas de defensa de la competencia, se aprobó el RD 2295/2004, de 10 diciembre 2004¹²², por el que se atribuyen a los órganos nacionales las atribuciones en materia de competencia.

La concentración en la distribución es cada vez mayor y eso está distorsionando los canales de venta. La política de competencia juega un papel importante para mantener el equilibrio en la cadena de alimentos. Ésta es la razón de que la Dirección General de Competencia de la Comisión (DGCom) y las autoridades de competencia nacionales a través de la Red de Competencia Europea (ECN) hayan estado muy activas en el mercado de la alimentación estos diez últimos años. Tanto las autoridades nacionales de competencia como la DGCom consideran que se debe seguir aplicando la normativa de competencia al sector agrícola y evitar que cualquier reforma de la PAC introduzca una derogación general del derecho *antitrust* en el sector agrícola como piden algunas voces sectoriales¹²³.

Al estudiar la cadena de valor desde la agricultura/ganadería hacia la industria alimentaria y/o la distribución se observa que el número de empresas disminuye y la facturación media por empresa crece exponencialmente. La cadena alimentaria es muy amplia y hay muchos actores en juego. La tendencia de establecer acuerdos horizontales o verticales en épocas de crisis para restringir o falsear la competencia es una constante en la historia. Los eslabones de la cadena han sufrido una gran concentración eliminando a los operadores de menor tamaño y dejando el mercado en manos de unos

¹²⁰DE GUINDOS TALAVERA, B., *op.cit.*, nota 21, p. 240.

¹²¹VELEIRO REBOREDO, B., *Mercado y Competencia*, El Derecho Editores, Madrid, 2009, pp. 300-307.

¹²²Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia, BOE 23.12.2004.

¹²³ECN, *Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European Competition Authorities in the food sector*, 2012, http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf, visitada el 5.01.2016; DE GUINDOS TALAVERA, B., *op. cit.*, nota 21, p. 239.

pocos que tienen facilidad para alcanzar oligopolios¹²⁴. Conforme se avanza en el canal de distribución se van reduciendo los actores que cada vez son menos pero más poderosos y concentran la negociación y el poder económico. Por lo tanto, los abusos cada vez son más fáciles de cometer porque el equilibrio en la negociación se desequilibra por completo.

En opinión de García Azcárate, la rentabilidad del mercado es fundamental para que se sostengan las empresas y los nuevos emprendedores, para que se invierta en un desarrollo sostenible y se proteja el medioambiente en un medio rural dinámico. Cuando se vende barato en una gran superficie no se crea valor, se destruye¹²⁵. Todos los operadores sufren, aunque en proporción sufre más el escalón más débil. Muchas veces se producen ventas a pérdida cuando las cadenas de distribución asfixian a los proveedores para poder ofrecer productos *en oferta* como reclamo comercial. La asfixia se extiende a lo largo de todo el canal de venta e irremediablemente llega al productor.

El Derecho de la competencia y el Derecho de los consumidores son dos caras de la misma moneda: el Derecho de mercado. El primero se centra en la oferta de bienes y servicios en el mercado sancionando los acuerdos anticompetitivos y los abusos de una posición dominante en el mercado. El segundo incide sobre la demanda, protegiendo al consumidor frente a prácticas que puedan distorsionar su libre elección de bienes y servicios. Ambos persiguen que la oferta y la demanda de bienes coincidan en el punto de máximo beneficio social¹²⁶.

El Derecho de la competencia se compone de normas contenidas en los tratados europeos, en reglamentos y en decisiones de las instituciones de la UE y en disposiciones legislativas nacionales. El estudio del régimen de la competencia implica el examen de la práctica de las autoridades encargadas de su aplicación y el análisis de

¹²⁴LAMO DE ESPINOSA, P., *op.cit.*, nota 19, pp. 40-41.

¹²⁵GARCÍA AZCÁRATE, T., “Algunos apuntes sobre la relación entre las políticas europeas agraria y de competencia en el marco de las discusiones sobre la PAC post 2013”, *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, nº 232, Madrid, 2012, pp. 69-99.

¹²⁶BERASATEGI TORICES, J., “Las autoridades autonómicas de defensa de la competencia: ¿quo vadis?” en La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, monografía nº 4, coord. BACHES OPI, S., Editorial La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, Noviembre 2010, pp. 105-124, en especial p. 123.

la jurisprudencia de los tribunales competentes para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por aquéllas¹²⁷.

Los órganos que velan por la protección de la competencia y que pueden imponer una sanción son, a nivel europeo, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la UE. La Comisión tiene la iniciativa legislativa exclusiva en materia de competencia. Es la única con la atribución para proponer una normativa en esta área aunque posteriormente debe ser aprobada por el Parlamento y el Consejo Europeo. Es la encargada de asegurarse de que las normas se cumplan y, en el caso de las normas de competencia, esto implica controlar que el comportamiento de las empresas y las administraciones públicas no infrinja las leyes. Es la única autoridad con potestad para llevar ante los tribunales a los infractores. En materia de fusiones, es la encargada de admitirlas o prohibirlas aunque siempre queda la posibilidad de recurrir la decisión de la Comisión ante los tribunales.

En España, los órganos responsables de la promoción y defensa de la competencia son la CNMC y los organismos autonómicos allí donde existan. Así mismo también serán responsables los órganos judiciales que revisen la legalidad de las decisiones adoptadas por los organismos de competencia, sobre todo tras la entrada en vigor del Reglamento nº 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado¹²⁸ que asignó competencias a los juzgados de lo mercantil.

Para que las conductas prohibidas puedan ser sancionables no es necesario que el acuerdo o práctica en cuestión produzca de hecho un efecto perverso sobre el mercado. Es suficiente con que tal efecto perverso haya sido querido por las partes o sea posible en teoría. No es exigible un resultado concreto sino con la mera intencionalidad es suficiente.

Además, la infracción de las normas de competencia no requiere la existencia de un contrato escrito. Es suficiente con cualquier forma de coordinación como pueden ser los contactos directos o indirectos, formales o informales como los arreglos verbales,

¹²⁷SIGNES DE MESA, J.I., “Fundamentos del Derecho y de la política de competencia” en SIGNES DE MESA, J.I., FERNÁNDEZ TORRES, I., FUENTES NAHARRO, M., *Derecho de la Competencia, Tratados y Manuales*, capítulo I, Civitas, Pamplona, 2013, pp. 29- 53, en especial p. 31.

¹²⁸Reglamento nº 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOUE 4.01.2003.

pactos de caballeros, acuerdos no vinculantes y los pactos tácitos. La dificultad radica en la prueba. Cuando se habla de la infracción de las normas de competencia, casi siempre existe el problema de la carga de la prueba que le corresponde al denunciante.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA

El origen más antiguo de las primeras prácticas restrictivas de la competencia se remonta a Grecia donde se controlaban las ventas en los mercados que se celebraban en el ágora¹²⁹.

Las prácticas anticompetitivas como se conocen hoy en día se desarrollaron en Inglaterra a través del *common law* pero no se materializaron en ningún código escrito, no dentro del derecho positivo. La jurisprudencia desarrollada en el Reino Unido fue más tarde trasladada a Estados Unidos.

La doctrina considera que fue en Estados Unidos y Canadá donde se crearon los primeros sistemas de Derecho de la competencia como se conocen en la actualidad, a través de la Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade (1889) y la Sherman Act (1890). La ley Sherman aparece como el origen oficial de la Política de competencia. Esta ley fue completada con la Clayton Act en 1914 y con la Robinson Patman Act en 1936¹³⁰. La ley Sherman protegía los intereses de los consumidores y los agricultores. Llama la atención que todas las leyes *antitrust* que se han ido aprobando con posterioridad se han centrado en la protección del consumidor como manera de velar por el interés general o el bien común, pero la protección al agricultor ha quedado desvanecida por completo.

En última instancia, todos somos consumidores finales de nuestra tierra y lo que ella produce. Los principios de seguridad alimentaria y de soberanía alimentaria están omnipresentes en la protección del interés general. Me preocupa esta manera de desvincularse de la protección a los agricultores como garantes del bienestar general. Las normas de comercio justo y de trazabilidad de los alimentos indican que hay que respetar toda la cadena productiva asegurando en cada eslabón unos derechos mínimos. ¿Por qué se ha devaluado el interés en proteger a los agricultores en las constantes reformas de las leyes de competencia?

¹²⁹SIGNES DE MESA, J.I., *op.cit.*, nota 127, pp. 31-32.

¹³⁰*Ibidem*, p. 33.

Y en Europa, fue Alemania el primer país donde se desarrollaron las leyes de competencia al proliferar los cárteles tras la II Guerra Mundial¹³¹. En 1933 prácticamente no había competencia en la mayoría de los mercados europeos y los nazis promulgaron una ley de formación de cárteles obligatorios. Los aliados, y en particular Estados Unidos, estaban convencidos de la necesidad de fragmentar el poder económico de Alemania con el fin de lograr impedir sus veleidades imperialistas. Por ello, y bajo la presión de Estados Unidos, el 1 de enero de 1958 entró en vigor la Ley alemana contra las restricciones de la competencia que acabó convirtiéndose en el modelo de legislación nacional de competencia en Europa¹³².

Los Tratados fundacionales de París y Roma se estaban negociando en ese momento y se recibieron presiones de Estados Unidos para que se integraran normas de defensa de la competencia en los mismos. El resto de países miembros tenía políticas de cárteles, de intervención estatal en los mercados y de promoción de *campeones nacionales*¹³³. Hasta los años 90, muchos países de Europa no adoptaron un sistema de defensa de la competencia nacional. El establecimiento de un régimen de defensa de la competencia vino unido a la firma del Tratado de Roma en 1957 donde se estableció un régimen que velara porque la competencia no fuera falseada y se impuso como pilar elemental de la creación de un Mercado Común europeo. En la UE, la política de competencia siempre ha estado ligada a la consecución de un fin mayor como es la creación de un Mercado interior europeo¹³⁴.

El artículo 3. f) del Tratado de Roma reguló *el establecimiento de un régimen que asegure que la competencia no esté falseada en el mercado común*. Cuando se modificó el artículo 3 al firmarse el Tratado de la Unión Europea, quedó redactado en el apartado g) como *un régimen que garantice que la competencia no será falseada*. Se ha sustituido el término competencia por *competencia*.

En la UE se persigue el establecimiento de un Mercado común como vía para la consecución de los objetivos previstos en los Tratados fundacionales. Este Mercado

¹³¹Lamo de Espinosa, P. considera que el origen está en Austria pero la mayor parte de la doctrina señala a Alemania por las razones que se exponen; A este respecto vid. ALCAIDE GUINDO, C., “La evolución de la Política de Defensa de la competencia”, *ICE*, 75 años de Política Económica española, nº 826, 2005, pp. 245-258, en especial pp. 247-248.

¹³²*Ibidem*, 247.

¹³³GANUZA, J. y CALVERAS, A., “Ante la crisis económica, apostar por la competencia, La crisis de la economía española: lecciones y propuestas”, *Sociedad Abierta*, 2010, pp. 132-139, p. 134

¹³⁴SIGNES DE MESA, J.I., *op. cit.*, nota 127, p. 35.

común implica la supresión de todas las barreras que limiten la libre circulación de mercancías y es en este contexto en el que se enmarca la política comunitaria de competencia en la medida en que las prácticas restrictivas de la competencia afectan al comercio intracomunitario. Precisamente, unos años más tarde, en 1994 será la propia OMC la que solicitará que se derriben todas las barreras al comercio con objeto de liberalizarlo. Es decir, se promueve la libre competencia en el mercado comunitario pero se convierte en proteccionista cuando sale del espacio común. La OMC, en un primer intento, hace una declaración de intenciones a favor de suprimir todas las barreras en un mercado global.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea reguló en los artículos 81 a 89, (hoy artículos 101 a 109 del TFUE), las normas dedicadas a la protección de la competencia concediendo a las empresas una cierta libertad para competir. El régimen de competencia constituye una de las políticas básicas de la UE con objeto de establecer un marco único homogéneo para las distintas empresas de los Estados miembros y asegurar la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales.

La Comisión aprobó el Reglamento n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002¹³⁵, relativo a la aplicación de las normas de competencia de la UE que marcó un hito importante porque reconoció por primera vez a las jurisdicciones nacionales como órganos competentes para aplicar las normas de defensa de la competencia emulando a los propios órganos administrativos de defensa de la competencia que, hasta la fecha, eran los únicos competentes.

Asimismo se estableció un nuevo sistema de distribución de competencias entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de defensa de la Competencia (ANC) por el cual éstas eran competentes para resolver de los asuntos que afectaban a sus Estados miembros. Las decisiones nacionales no debían ser nunca contrarias a las decisiones de la Comisión. La Comisión pretendió asegurar de esta manera la independencia y los recursos suficientes a las ANC para el ejercicio de sus funciones garantizándoles poderes de investigación y de toma de decisiones efectivos y velando

¹³⁵Publicado en el DOUE 27.4.2004.

porque en todos los Estados miembros se pudieran imponer multas disuasorias efectivas y proporcionadas y se aprobaran programas de clemencia bien diseñados¹³⁶.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Derecho europeo de la competencia queda regulado en los artículos 101 a 109 del TFUE¹³⁷ y en el Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. El artículo 101 prohíbe los cárteles, el artículo 102 prohíbe el abuso de posición dominante, el artículo 106 TFUE prohíbe las ayudas de Estado. La Directiva de Fusiones¹³⁸ establece la obligatoriedad de la notificación y la admisión o prohibición de las fusiones y adquisiciones a nivel europeo. Las normas de defensa de la competencia se articulan en un doble sistema de fuentes, uno de ámbito europeo y otro de ámbito nacional.

Todos los Estados miembros tienen como eje vertebrador en competencia los artículos 101 y 102 del TFUE. Sin embargo, la doctrina opina que la evolución ha sido muy heterogénea¹³⁹. Aunque la competencia como tal quedó regulada en el Tratado que se firmó en Roma en 1957, no fue hasta el año 2013 cuando adquirió una relevancia singular respecto al sector agrario. Fue entonces cuando se planteó el verdadero papel que tenía la política de competencia al analizar la relación que mantenía con la PAC y al observar reiteradamente la débil posición negociadora del sector primario en los mercados, al modificar las excepciones agrarias al Derecho de la competencia con la aprobación del Reglamento nº 1308/2013 que derogó el Reglamento nº 1234/2007 y al asignar a los Estados miembros la potestad de regular nacionalmente la cadena alimentaria, como ocurrió en España.

¹³⁶COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la Política de Competencia 2014*, COM (2015) 247 final, Bruselas, pp. 1-22, en especial p. 19.

¹³⁷CNMC, *Informe sobre Competencia y sector agroalimentario*, Madrid, 2010, pp. 1-81, en especial pp. 24 y 25.

¹³⁸Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005, relativa a las *fusiones transfronterizas de las sociedades de capital*, publicada en el DOUE 25.11.2005, pp. 1-9.

¹³⁹CALVO CARAVACA, A.L. y CANEDO ARRILLAGA, M.P., *Comentarios al Libro Blanco de la Comisión sobre modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE en relación con el principio non bis in idem*, Colex, Madrid, 2000, pp. 407-428.

En España, el desarrollo del Derecho de la competencia se produjo al compás del Derecho de la competencia a nivel europeo¹⁴⁰. El origen de la ley de competencia en España está en la Ley 110/1963, de 20 julio, de Represión de prácticas restrictivas de la competencia. Será tras la entrada en la CEE y el reconocimiento del Mercado común cuando se apruebe la Ley 16/1989, de 17 julio, de Defensa de la Competencia que fue reformada, a su vez, por la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC), de 3 julio¹⁴¹ que es la ley actualmente en vigor.

La Exposición de Motivos de la LDC declara que la existencia de competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de las economías de mercado. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en menores precios, mejora del servicio, aumento de la calidad de los productos, incremento del empleo y mejora del bienestar de la sociedad. La defensa de la competencia cada vez está adquiriendo más importancia como mecanismo para regular los mercados y la economía¹⁴².

Con la aprobación de la LDC 15/2007 en España lo que se pretendió fue adecuar el marco español al europeo y a las nuevas competencias que asumían las CCAA. En la economía de mercado, el principio de libertad de competencia es esencial. A veces puede verse limitada porque el Estado autoriza monopolios o porque prohíbe la creación de nuevas industrias; otras veces puede venir limitada por las propias empresas cuando establecen pactos o acuerdos que restringen la competencia. Por eso surge la necesidad de regularla.

El alcance de las competencias estatales no aparecía del todo claro. Inicialmente, la instrucción y la resolución en cuestiones de competencia recaía exclusivamente sobre los organismos nacionales hasta la sentencia del TC 208/1999, de 11 noviembre, que atribuyó competencias a las Comunidades Autónomas en materia de competencia siempre que así lo hubieran reconocido éstas en sus propios Estatutos de Autonomía; y la posterior Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias entre el Estado y las CCAA.

¹⁴⁰SIGNES DE MESA, J.I., *op.cit.*, nota 127, p. 35.

¹⁴¹Publicada en el BOE 4.07.2007.

¹⁴²VELEIRO REBOREDO, B., *op.cit.*, nota 121, pp. 1-33; GARCÍA HIDALGO J.L. y PALMA MARTOS, L., *op.cit.*, nota 2, pp. 37-38.

Además de todas las leyes en vigor vistas hasta el momento, en España también rige el RD 261/2008, de 22 febrero, por el que se aprobó el Reglamento de defensa de la competencia¹⁴³ y la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (LCD)¹⁴⁴ que solo existe en el ámbito nacional (no en el europeo) y que se aplica a todos los sectores económicos.

II. LA RELACIÓN ENTRE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y LA POLÍTICA AGRARIA

El artículo 3 del Tratado de Roma de 1957 establecía que *para alcanzar los fines, la acción de la Comunidad implicará en el punto d) La instauración de una política común en el campo de la agricultura. Y en el punto f) El establecimiento de un régimen que asegure que la concurrencia no quede falseada en el mercado común.* Por lo tanto, la PAC y la política de competencia se regulan simultáneamente en el tiempo y se les concede *en teoría* la misma importancia. Cuando se modificó el artículo 3 al firmarse el Tratado de la Unión Europea, quedó redactado de la siguiente manera: *e) una política común en los ámbitos de la agricultura y de la pesca y g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada.*

En los orígenes de Europa la agricultura tuvo una importancia fundamental. Se trataba de unos países eminentemente agrarios que, además, estaban empobrecidos y el desarrollo industrial era todavía muy escaso, excepto en Alemania Occidental. El sector agrario europeo estaba (y continúa) atomizado. Los seis países fundadores aplicaron los principios de abastecimiento y la protección nacional con objeto de salvaguardar sus propias producciones. Francia tuvo una gran influencia en la creación de la PAC. En la Conferencia de Messina de 1955 amenazó con no firmar el Tratado de Roma si no se añadía una política agraria común que compensara la importancia que tenía Alemania con su industria.

La PAC fue muy importante en la creación de Europa porque representaba las políticas agrarias nacionales de los seis Estados miembros fundadores. Fue en la única materia en la que se pusieron de acuerdo y pasaron a denominarla *común* y eso hizo pensar que la evolución de la PAC iba a ir de la mano de la propia evolución política de

¹⁴³Publicado en el BOE 27.02.2008.

¹⁴⁴Publicada en el BOE 11.01.1991.

Europa. El tema agrario fue el eje vertebrador de la CEE, hasta tal punto que las sucesivas ampliaciones han estado condicionadas por el mismo¹⁴⁵.

El Derecho de la competencia surge paralelamente a la PAC. En el año 1962 se aprobó el Reglamento nº 17/62, de 6 de febrero (hoy derogado), el primer reglamento que aplicó los artículos 85 y 86 del TCE. El Derecho de la competencia, como norma general, se aplicará a todos los sectores económicos por igual. Aparecerán, sin embargo, bajo determinadas circunstancias coyunturales de los mercados, excepciones agrarias que ahondarán en la importancia del sector agrario frente a todos los demás. Atacar la PAC representaba atentar contra la unidad política que emergía en Europa con todo lo que ello representaba. Esta realidad permite comprender mejor la dificultad a la que se ha tenido que enfrentar el Derecho de la competencia en su interacción con el sector agrario porque no podía ejecutar los instrumentos legislativos que acompañaban a la política agraria. En Europa, el Derecho de la competencia parecía tener una categoría inferior a la Política agraria.

Habrá que esperar a que pasen muchos años para nivelar las relaciones de poder que existían entre esas dos políticas. Será en la reforma de 2013 cuando las instituciones europeas centran la mirada en la relación que tienen la PAC y la política de competencia. Es aquí cuando se observan las fisuras de un eje estratégico que ha centrado toda su atención en la agricultura y que ha protegido a su sector agrícola desestabilizando los mercados mundiales (según la OMC) y lo ha convertido en un sector renqueante (cuotas lácteas). Se ha congelado el presupuesto agrario para el periodo 2014-2020¹⁴⁶ y cada vez son más los países que conforman la UE. Surgen nuevas políticas que hay que promover e impulsar como las políticas de protección al consumidor, el medioambiente o la seguridad alimentaria.

La PAC está en declive y se observa con escepticismo cómo se quiebra la cadena de valor en el sector agroalimentario. El otrora protegido agricultor queda en indefensión ante los mayoristas, compradores y la distribución. La PAC ha protegido al agricultor como eje de su política, pero ahora se observa cómo quedan vulnerados sus

¹⁴⁵Incluso la situación de Turquía podría entenderse desde un enfoque agrícola. Turquía lleva solicitando la adhesión a la UE desde 1957 y no se le ha concedido. Turquía es predominantemente agrícola y tiene un territorio muy vasto que podría llegar a desequilibrar el presupuesto comunitario asignado a la agricultura.

¹⁴⁶GARCÍA AZCÁRATE, T., *op.cit.*, nota 125, p. 75.

derechos ante un libre mercado que abusa de la parte más débil que precisamente ha estado recibiendo ayudas y recibiendo un trato de favor durante 60 años. ¿Qué está pasando? A la PAC *tiene que interesarle* la vulnerabilidad de su agricultor frente a las reglas del libre mercado y la libre competencia que pretenden proteger al consumidor, generar empleo, mejorar la calidad, la competitividad e innovar.

La PAC y el Derecho de la competencia se convierten en un elemento central en la reforma de 2013, casi sesenta años después de que se regularan en el tiempo ambas políticas a la vez en 1957. Las excepciones agrarias al Derecho de la competencia están reguladas en el Reglamento nº 1308/2013 que, a su vez, derogó el Reglamento nº 1234/2007 de la OCM única. Son tres los principios que se aplican en la agricultura europea: el Mercado común, la preferencia comunitaria y la solidaridad financiera. No obstante y como señala García Azcárate¹⁴⁷, la solución a este problema de rentas en el sector agrario no pasa por las ayudas públicas si no por los ingresos que provienen del mercado.

Parece que las sucesivas reformas de la PAC están consiguiendo que los agricultores estén más orientados a los mercados europeo y global¹⁴⁸. Eso, unido al relevo generacional que se está produciendo en el campo, está contribuyendo a que las mentalidades cambien. La crisis económica, el abandono de algunas explotaciones familiares pequeñas, el desarrollo de la innovación y la tecnología; todo ello está haciendo que la mentalidad en el campo evolucione y que los jóvenes *agricultores empresarios* adquieran una visión global necesaria para subsistir en un mercado más liberalizado.

Desde el punto de vista de la política de competencia, con carácter general, el principio básico es la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE al sector agrícola¹⁴⁹, si bien se han introducido ciertas derogaciones limitadas a algunas producciones. Con el Reglamento nº 1308/2013 se asignan nuevos medios a los agricultores para reforzar su posición.

No obstante, los Estados miembros no reconocerán a las OP que tengan una posición de dominio en el mercado. Estas medidas no son aplicables a las

¹⁴⁷GARCÍA AZCÁRATE, T., *op. cit.*, nota 125, pp. 75-76.

¹⁴⁸*Ibidem*, p. 71.

¹⁴⁹Artículo 206 del Reglamento 1308/2013.

cooperativas¹⁵⁰ que son la forma jurídica que mejor define y protege los intereses de los agricultores. Respecto a las cooperativas, surge cierta discusión porque hay quienes consideran que las OP pueden adoptar una forma de cooperativa y prevalerse de su comercialización en común aunque también es cierto que las cooperativas necesitan estímulos para abordar procesos de reestructuración porque se enfrentan a dificultades para concentrar la oferta y modificar el *statu quo* comercial¹⁵¹.

2.1 Debate doctrinal

Existe una confrontación en la doctrina entre los defensores y los detractores de la aplicación de la política de competencia al sector agrícola. Las autoridades de competencia continúan intentando convencer a todos de la importancia de mantener su posición y frenar los intentos de aprobar excepciones al sector agrícola¹⁵². Las autoridades de competencia defienden que la política de competencia debe aplicarse a todos los sectores económicos por igual.

En España, la CNMC defiende una normativa de competencia uniforme y sin excepciones aplicable a todos los sectores, incluso al agroalimentario. La solución no pasa por apartar al sector agrario de las normas de competencia, todo lo contrario. La política de competencia ayuda a combatir el poder de mercado que puede darse en algunos eslabones de la cadena alimentaria debido a los desequilibrios que existen en la misma mientras se mantiene una oferta y unos precios razonables para el consumidor final. La cooperación entre agricultores puede y debe tener lugar bajo las reglas de la competencia¹⁵³.

Para la CNMC¹⁵⁴, las exenciones agrarias de las normas de la competencia no están suficientemente justificadas. La intervención pública para eximir de la normativa de competencia a una actividad económica determinada solo podrá justificarse cuando es necesaria para corregir fallos del mercado inherentes al funcionamiento de ese sector de actividad, o para asegurar el logro de otros objetivos de interés público. Kosinski¹⁵⁵

¹⁵⁰La protección a las cooperativas aparece en la Exposición de Motivos del Reglamento nº 26 y en su considerando cuarto; TATO PLAZA, A. y GARCÍA CACHAFEIRO, F., *op.cit.*, nota 163, p. 41.

¹⁵¹COMPÉS LÓPEZ, R., *op.cit.*, nota 11, p. 261.

¹⁵²DE GUINDOS TALAVERA, B., *op.cit.*, nota 21, p. 232.

¹⁵³CNMC, *op.cit.*, nota 137, pp. 58-65.

¹⁵⁴*Ibidem*, p. 6

¹⁵⁵KOSIŃSKI, E., "Rules on competition in the EU Agriculture sector. Latest developments in the light of the cap reform 2014-2020", *Revista de Estudios Jurídicos* nº 15, Jaén, 2015, pp. 1-15, en especial p. 1.

considera que la Competencia en el sector agrícola sigue siendo regulada por el Estado y detrás de la interpretación restrictiva de las excepciones agrarias, se encuentran casos particulares que mueven intereses económico-políticos.

Asimismo, las autoridades europeas en competencia a través de la Red de Competencia Europea¹⁵⁶ consideran que no deben existir excepciones agrarias al derecho de la competencia si se quiere promover que nuestros agricultores se equiparen a los que están fuera de nuestras fronteras. La OMC señala que se deben equiparar los agricultores de todo el mundo sin excepción y que deben desaparecer las ayudas y los privilegios a favor de unos (EEUU, Canadá, Australia, UE) en detrimento de otros¹⁵⁷. Cuando se habla de las políticas de libre cambio y globalización se debe tender a la equiparación de los agricultores de todo el mundo e incluso se debe promover e impulsar la soberanía alimentaria que es la manera de hacer sostenibles a las poblaciones y a las familias.

Estas autoridades de competencia europeas consideran, además, que se debe impulsar el asociacionismo entre los agricultores para superar el *bypass* que existe dentro del conflicto entre la PAC y las normas de competencia. Este aspecto debería haberse desarrollado mejor en la reforma de la PAC de 2013 aunque no se hizo. La Reforma de la PAC 2013 intentó centrarse en la excepción agraria al derecho de la competencia sin conseguirlo.

Por su parte, el posicionamiento de las instituciones europeas no está claro y se mueven con ambigüedad. El Consejo Europeo reguló por primera vez las normas de competencia en el sector agrario en el Reglamento n° 26, de 4 de abril de 1962 (hoy derogado). A pesar de estar derogado, es la matriz de la que emana toda la legislación posterior. El Reglamento 26 justificaba la excepcionalidad de la agricultura y establecía que las normas de competencia *debían ser aplicadas (...) en la medida en que su aplicación no dificultara el funcionamiento de las organizaciones nacionales de los mercados agrícolas y no pusiera en peligro la realización de los objetivos de la política agrícola común*. Se desprendía una jerarquía entre los objetivos de la PAC y los de la política de competencia que establecía una subordinación de ésta a la plena efectividad

¹⁵⁶ANC, *The Reform of the Common Agricultural Policy*, Resolution of the Heads of the European Competition Authorities, 21 December 2012.

¹⁵⁷En la práctica, la OMC continúa permitiendo las ayudas a la agricultura en algunos países. Las permite siempre que estén reguladas.

de la política agraria. Idea que también defendió Guillem Carrau¹⁵⁸ al establecer que el artículo 39 TFUE debía prevalecer sobre el artículo 101 TFUE; es decir, la PAC debía primar sobre las normas del Mercado común.

El Tribunal de Justicia señaló en la sentencia *Pigs and Bacon* de 26 de junio de 1979, asunto 177/78, que el recurso del Estado miembro a las normas generales sobre competencia no podía tener prioridad sobre las disposiciones del Reglamento que regulaban la organización del sector agrícola¹⁵⁹. Y lo corroboró en la sentencia *Maizena* de 20 de octubre de 1980, asunto 139/79, donde señaló que las disposiciones del Tratado relativas a la PAC debían primar sobre otras relativas al establecimiento del Mercado Común. Es la fuerza jurídica de la PAC.

Está claro que intentar conjugar la política de competencia y la política agrícola pasaba por una interpretación correcta y sistemática de los artículos 38.2º y 42 del TFUE. El artículo 38 establece que, salvo disposición en contrario de los artículos 39 a 46, las normas previstas para el establecimiento del mercado común serán aplicables a los productos agrícolas. Se trata de una disposición ambigua porque, por un lado, somete al sector agrícola al régimen general del Mercado común, y por otro lado, salvaguarda las exigencias particulares de este sector.

El artículo 42 del Tratado pone en manos del Consejo la tarea de concretar la aplicabilidad de las normas generales de la competencia al ámbito agrícola al disponer que *las disposiciones del Capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 43, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39*. Al Consejo se le asigna una verdadera potestad de regular (o no) con discrecionalidad la producción y el comercio de productos agrícolas.

¹⁵⁸GUILLEM CARRAU, J., *op.cit.*, nota 87, p. 143.

¹⁵⁹Sentencia *Pigs and Bacon*, de 26 de junio de 1979, Asunto 177/78, en el considerando 11. Después de aceptar la posibilidad de una aplicación limitada de las reglas de competencia al sector agrario, entendió que la eventual aplicabilidad a este sector de las reglas generales sobre competencia permanecía subordinada a las disposiciones que regían la organización común de mercado.

Lamo de Espinosa¹⁶⁰ considera que las normas de competencia deben adaptarse a la singularidad del sector porque el sector agrario es especial. De Guindos Talavera¹⁶¹ considera que, al no aplicársele al sector agrícola las normas de competencia, se le perjudica.

Para Tomás Prieto, la clave del equilibrio puede explicarse aplicando la doctrina jurídica de las relaciones entre *lex generalis* y *lex specialis*. Defiende la relación entre la PAC y el Derecho de la Competencia como la relación entre la ley especial y la ley general donde los fundamentos de la comunidad figuran como ley general y las normas aplicables a la agricultura como ley especial¹⁶². Lo ideal sería la consecución simultánea de los objetivos que defiende la PAC y la Política de Competencia. Para él, resultan admisibles las excepciones a la libre competencia que resulten necesarias y adecuadamente proporcionadas para la consecución de los fines de la política agraria, siempre que sean interpretadas restrictivamente¹⁶³. Esta corriente doctrinal defiende las excepciones agrarias al derecho de competencia que sean interpretadas restrictivamente.

Como resalta Martín Valdivia¹⁶⁴, la política de competencia también tiene el carácter de política común, en el sentido de horizontal. Para él, las políticas de competencia y la política agraria deben buscar la conciliación de sus objetivos, tratando de encontrar los adecuados márgenes de actuación para conseguir un sector agroalimentario competitivo, una cadena alimentaria vertebrada, un mercado transparente y la satisfacción de los intereses de unos consumidores que terminen por convertirse en los beneficiarios de todas estas circunstancias y de la efectiva

¹⁶⁰LAMO DE ESPINOSA, P., *op.cit.*, nota 19, pp. 92-93; LAMO DE ESPINOSA, P., “Las organizaciones interprofesionales agrarias y su futuro”, *Noticias de la Unión Europea* nº 309, 2010, pp. 85-92, en especial p. 87.

¹⁶¹DE GUINDOS TALAVERA, B., *op.cit.*, nota 21, pp. 231-248.

¹⁶²PRIETO ÁLVAREZ, T., *Ayudas agrícolas nacionales en el Derecho comunitario*, Tesis doctoral, Universidad de Burgos, Burgos, 1997, p. 329; BALLARÍN MARCIAL, A., “El Derecho comunitario regulador de los precios y de las producciones agrarias, Antecedentes, principios generales y orientaciones actuales”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año nº 5, nº 13, 1989, pp. 32-34, en especial p. 34; ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, A., “La aplicación de las normas de competencia comunitarias a la agricultura”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario* año nº 2, nº 3-4, 1986, pp. 13-25, en especial p. 13.

¹⁶³PRIETO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, nota 162, p. 341; TATO PLAZA, A. y GARCÍA CACHAFEIRO, F., *Derecho de la Competencia y sector agrario*, Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia y Universidad de Vigo, 2006, pp. 1-99, en especial pp. 14-16.

¹⁶⁴MARTÍN VALDIVIA, S., “Recensión de la tesis doctoral de LAMO DE ESPINOSA, P., La defensa de la competencia en la legislación de la Unión Europea y en España y su aplicación en el sector agroalimentario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, Madrid, septiembre-diciembre 2010, pp. 405-408, en especial p. 406.

coordinación de todas las políticas europeas entre sí y con las de cada uno de los Estados miembros.

Mi opinión coincide con la corriente doctrinal que defiende un sector agrario competitivo, una cadena alimentaria vertebrada, un mercado transparente y un consumidor satisfecho aunque no queda claro si está a favor o no de las excepciones agrarias. Es una corriente doctrinal diplomática y coherente con la realidad que se atraviesa. No considero que haya solo un objeto de protección sino varios y están condenados a entenderse.

2.2 Las excepciones agrarias

Con el Paquete lácteo, aprobado en el Reglamento nº 261/2012 de 14 marzo de 2012¹⁶⁵, se aplicaron al sector lácteo las excepciones que contemplaba la normativa comunitaria agraria a la aplicación de las normas de competencia. En concreto, se introdujo el artículo 177 bis que modificaba el Reglamento anterior nº 1234/2007. Sin embargo, las OP lácteas, a diferencia de otras OP, no tenían acceso a la financiación comunitaria. Para los ganaderos, el principal incentivo para participar de las OP fue la posibilidad de negociar conjuntamente contratos, incluido el precio, entre los productores y los procesadores o recolectores de leche¹⁶⁶.

Cada Estado miembro tuvo potestad para regular el *Paquete leche* y así fue como en España se aprobó el Real Decreto 1363/2012, de 28 de septiembre¹⁶⁷, por el que se reguló el reconocimiento de las OP de leche y de las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecieron sus condiciones de contratación¹⁶⁸. Una de las obligaciones que impuso el RD 1363/2012 fue la firma de contratos con cada compraventa de leche¹⁶⁹. Asimismo se fijaron unos volúmenes mínimos necesarios bastante elevados de 200.000 toneladas de leche de vaca cruda para poder crear una OP láctea y se establecieron unos índices de referencia en la

¹⁶⁵Publicado en el DOUE 30.03.2012,

¹⁶⁶COMPÉS LÓPEZ, R., *op. cit.*, nota 11, p. 253; Artículos 11 a 15 del Real Decreto 1363/2012.

¹⁶⁷Publicado en el BOE 2.10.2012.

¹⁶⁸Última modificación, versión consolidada, el 28 febrero de 2015.

¹⁶⁹Artículo 10.1º del Real Decreto 1363/2012, de 28 de septiembre de 2012.

firma del contrato con objeto de reforzar el poder de negociación de los productores¹⁷⁰.

Con la Reforma de la PAC de 2013 se decidió integrar en el Reglamento nº 1308/2013 de la OCMA los aspectos del Paquete Leche destinados a fortalecer la posición de los productores e incluso se ampliaron en el sector lácteo las excepciones a las normas de competencia a través del artículo 149 de la OCMA que permitió a los ganaderos, bajo ciertas condiciones, fijar los precios del litro de leche¹⁷¹.

El Real Decreto 125/2015, de 27 de febrero¹⁷² que modificó el RD 1363/2012, incorporó un artículo 9ter que tenía por objeto velar por el cumplimiento de los objetivos del artículo 39 del TFUE y prohibir los acuerdos para cobrar precios idénticos y aquellos que pudieran excluir la competencia.

En términos generales, la legislación en competencia que se aplicaba al sector agrario no ha sido siempre la misma y lo mismo se puede decir de las excepciones agrarias que han sufrido una evolución histórica necesaria. Antes de 2013, existían tres excepciones agrarias al Derecho de la competencia que aparecían reguladas en el Reglamento nº 1234/2007 de la OCM Única pero hoy esas tres excepciones se han reducido a dos en el Reglamento nº 1308/2013. Está claro que el año 2013 marca un hito temporal importante dentro de los objetivos de esta investigación. El marco general de competencia establece que los artículos 101 y 102 del TFUE se aplicarán a la producción y al comercio de productos agrícolas. Las reglas generales previstas respectivamente en los Reglamentos nº 1234/2007 de la OCM Única (hoy derogado) y en el Reglamento nº 1308/2013 (en vigor) son las mismas y solo se observan pequeños cambios en las excepciones.

Efectivamente, la regla general respecto a la legislación de competencia en el sector agrícola está recogida en el artículo 206 del Reglamento nº 1308/2013. Este

¹⁷⁰Reglamento CE nº 1308/2013 y Reglamento CE nº 1305/2013; GUILLEM CARRAU, J., *op.cit.*, nota 87, pp. 154 y 161.

¹⁷¹El artículo 149.3º del Reglamento nº 1308/2013 establece que se podrán negociar los precios siempre que *el volumen de leche cruda objeto de negociación, producido o entregado en un Estado miembro sea inferior a 500 000 toneladas y no supere el 45 % de la producción nacional total de dicho Estado miembro.*

¹⁷²Modifica el Real Decreto 1363/2012, de 28 de septiembre, por el que se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores de leche y de las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecen sus condiciones de contratación.

artículo, apoyándose en el artículo 42 del TFUE, establece que los artículos 101 a 106 del TFUE son aplicables a los acuerdos sobre los productos agrícolas salvo disposición en contrario del propio Reglamento.

El artículo 42 del TFUE establece que *las normas de competencia se aplicarán a la producción y comercialización de productos agrícolas solo hasta el extremo determinado por el Parlamento y el Consejo Europeo que actúan como legisladores dentro del marco del artículo 43.2º y de acuerdo con el procedimiento establecido para ello, teniendo en cuenta los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE.*

Por lo tanto, el artículo 101 del TFUE se aplicará a todas las actividades económicas de los productores y a las OP que deberán respetar las normas en materia de competencia. El artículo 206 confirma la regla general que quedará sujeta a las particularidades que se establecen en los artículos 207 a 210 del Reglamento de la OCMA.

Por su parte, el artículo 209 del Reglamento 1308/2013 establece la excepción general a través de la cual se excluyen de las normas de competencia los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativas a la producción o al comercio de productos agrícolas siempre que sean necesarios para la realización de los objetivos de la PAC recogidos en el artículo 39 del TFUE. El Tribunal de Justicia sostuvo en las sentencias *Pigs and Bacon* y *Maizena* que, si un acuerdo puede considerarse necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos de la PAC pero no es necesario para cumplir otro objetivo, no puede estar cubierto por esta excepción. Se exige que se cumplan acumulativamente todos y cada uno de los objetivos de la PAC previstos en el artículo 39 TFUE.

También podrá aplicarse esta excepción cuando se trate de acuerdos de productores, asociaciones de productores, OP y AOP que afecten a la producción o venta de productos agrícolas o a la utilización de instalaciones comunes para el almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas a menos que se pongan en peligro los objetivos de la PAC. Esta excepción se aplicará a todos los sectores agrarios cubiertos por el Reglamento nº 1308/2013, a diferencia de lo que establecen los artículos 169, 170 y 171 de la OCMA que se refieren al aceite de oliva, vacuno y cultivos herbáceos respectivamente. Con estas excepciones queda de

manifiesto que la protección de la PAC está por encima de las normas de competencia y a través de ellas la superioridad de la PAC adquiere su verdadera razón de ser frente a la protección del Mercado único

No obstante, la excepción general prevista en el artículo 209 no será aplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que impliquen la obligación de cobrar un precio idéntico o a través de los cuales quede excluida la competencia. Es decir, a pesar de que el artículo 209 vela y supervisa los objetivos de la PAC, jamás va a promover actuaciones flagrantes que atenten contra la política de competencia.

Hay otras secciones, dentro del Reglamento OCMA, que son objeto de interés de esta investigación porque regulan las perturbaciones y los desequilibrios en los mercados que también prevén excepciones a las normas de competencia en el sector agrario. En concreto, el artículo 33 permite la retirada de productos del mercado dentro de los programas operativos de las OP de frutas y verduras para gestionar las crisis. Además, el artículo 222 de la OCMA permite una excepción temporal del artículo 101 TFUE cuando se trate de medidas cortoplacistas adoptadas por los productores con el fin de controlar los graves desequilibrios del mercado. En estos casos, los acuerdos, decisiones y prácticas deben cumplir dos requisitos; no atentar contra el buen funcionamiento del mercado interior y tener el objetivo de estabilizar el sector en cuestión.

A los acuerdos mencionados se les exige que pertenezcan a una lista cerrada de determinadas categorías de acciones como son la retirada del mercado o la libre distribución de sus productos, la transformación y el procesamiento, el almacenamiento de los operadores privados, medidas de promoción conjuntas, acuerdos sobre requisitos de calidad, la compra conjunta de insumos necesarios para combatir la propagación de plagas y enfermedades en los animales y plantas en la UE o de los insumos necesarios para hacer frente a los efectos de los desastres naturales en Europa y la planificación temporal de la producción teniendo en cuenta la naturaleza específica del ciclo de producción. No obstante, a pesar de relajarse el funcionamiento de las normas de competencia, no se incluye la negociación colectiva o las actividades de fijación de precios.

Todo indica que el artículo 222 va más allá de la exención estándar para los grupos de productores y las organizaciones interprofesionales porque incluso, previa a su aplicación, la Comisión y los Estados miembros podrán financiar la retirada de excedentes durante un período de desorganización del mercado hasta que se encuentre un nuevo equilibrio.

Durante estos períodos de inestabilidad en los mercados, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución que indique que las prohibiciones de competencia no se aplicarán a los grupos de productores y las organizaciones interprofesionales en el sector agrícola, siempre y cuando se hayan adoptado medidas para hacer frente a una perturbación general del mercado, si los productos han sido comprados en régimen de intervención pública o si se han introducido ayudas para el almacenamiento privado. La suspensión sólo puede durar un período de seis meses, renovable por un nuevo período de seis meses y siempre tendrá un carácter excepcional y restrictivo.

Como medida general, el Reglamento OCMA prevé que no sea necesaria la autorización de la Comisión para que se apliquen las excepciones agrarias. Con anterioridad a 2013, la Comisión tenía competencia exclusiva para resolver cuándo se aplicaban o no las excepciones agrarias. Ahora, esa autorización ha quedado derogada y serán los propios productores quienes valoren y evalúen si cumplen o no las condiciones para poder hacer uso de la misma. La carga de la prueba de la infracción del artículo 101.1º TFUE corresponde a quienes denuncien la infracción¹⁷³. Por lo tanto, corresponde a la parte que solicite el beneficio de la exención general la carga de la prueba de que se cumplen las condiciones de la excepción general prevista en el artículo 209. Sólo respecto a las organizaciones interprofesionales se mantiene el mecanismo de notificación previa de la Comisión¹⁷⁴.

La legislación de competencia es aplicable en su totalidad a las Organizaciones Interprofesionales (OI) de acuerdo con los artículos 157 y 210 de la OCMA. Se permiten ciertas limitaciones al artículo 101.1º TFUE en acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan como objeto las actividades que las OI pueden llevar a cabo de acuerdo con la propia OCMA. Nunca se permitirán las prácticas de fijación de

¹⁷³ Artículo 209 del Reglamento nº 1308/2013 de la OCMA.

¹⁷⁴ MATTHEWS, A., *Cuestiones de competencia en el Reglamento único para las OCM*, 26.03.2014, Blog de CARRILLO VICO, M.A., <http://reformadelapac.blogspot.com.es/2014/04/cuestiones-de-competencia-en-el.html>, visitada el 15.02.2016.

precios, limitación de la producción y reparto de mercados, estén o no relacionadas con las actividades anteriores.

Y dentro de las excepciones agrarias, parece oportuno destacar algunas otras previstas en el Reglamento nº 1218/2010 relativo a la exención por categorías de los acuerdos de especialización¹⁷⁵. Se refiere a los acuerdos que se celebran para producir en común que permite algunas excepciones siempre que la cuota de mercado combinada de las partes no supere el 20 por ciento del mercado de referencia y cuando los acuerdos no incluyan ninguna restricción grave como la fijación de precios, limitaciones de producción y reparto de mercados y clientes.

Asimismo, a través de determinadas Directrices de la Comisión¹⁷⁶, se regulan excepciones que podrán aplicarse cuando existan acuerdos de distribución conjunta en sectores específicos como el aceite de oliva, la carne de vacuno y los granos. Esta medida premia el asociacionismo y la inmediatez. Otorga cierta flexibilidad a las normas de competencia en la medida que se establezca un acuerdo de producción, comercialización o distribución conjunta. En estos supuestos se podrán fijar precios, volúmenes y objetivos de venta siempre que no se rebasen las cuotas de mercado y cuando se trate de una actuación inmediata y conjunta. Todo ello es extensible a las OP de frutas y hortalizas que se crearon en 1972¹⁷⁷ y, a partir de la reforma de la PAC de 2013, podrá ser aplicable a otros sectores agrarios siempre que hagan a los agricultores más eficientes consecuencia del uso de ciertos servicios de apoyo como las ventas, el almacenamiento, la distribución y que los volúmenes marcados por las OP no excedan de ciertos topes.

En cualquier caso, el sector agroalimentario, como cualquier otro sector, se ve favorecido por la prohibición de los acuerdos del artículo 101.1º TFUE, por las excepciones a los acuerdos de importancia menor y por la exclusión de la aplicación del 101 TFUE a aquellos acuerdos derivados de contratos de subcontratación. Lo más relevante es que el sector agroalimentario encuentra base legal para determinados

¹⁷⁵Reglamento nº 1218/2010, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3º del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de especialización, publicado en el DOUE 18.12.2010.

¹⁷⁶COMISIÓN EUROPEA, Directrices sobre aplicación de las normas específicas previstas en los artículos 169, 170 y 171 del Reglamento de la OCMA para los sectores del aceite de oliva, de la carne de vacuno y de los cultivos herbáceos, 2015/C 431/01, DOUE 22.12.2015.

¹⁷⁷El Reglamento nº 1035/1972 regula por primera vez las Organizaciones Profesionales.

acuerdos y prácticas en las excepciones contempladas en el Reglamento de la OCMA¹⁷⁸.

Por su parte, la legislación agrícola española permite ciertas excepciones a la aplicación del artículo 101.1º TFUE y a la LDC que prohíbe acuerdos, decisiones o prácticas restrictivas de la competencia. En primer lugar, la Ley 38/1994¹⁷⁹, de 30 de diciembre, reguladora de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias que contempla la figura de la extensión de norma. En los sectores de frutas, hortalizas y en el sector vitivinícola, las OI pueden realizar actividades que mejoren el conocimiento y la transparencia del mercado, ayuden a coordinar la distribución de productos, fijen contratos tipo compatibles con las normas de la UE o desarrollen métodos para mejorar la calidad del producto. No podrán ser objeto de extensión de norma aquellas actuaciones que no respeten estrictamente las normas reguladoras de la competencia, contempladas en la normativa nacional y comunitaria, y muy especialmente en la fijación de precios o medidas de intervención en el libre mercado¹⁸⁰.

Otras excepciones a la LDC se encuentran en la Ley 2/2000¹⁸¹, de 7 enero reguladora de los contratos tipo en los productos agroalimentarios y en la Ley 24/2003¹⁸², de 10 julio sobre la viña y el vino que dispone los tipos de acuerdos que pueden adoptar los órganos de gestión de las denominaciones de origen vitivinícolas. A escala autonómica, también se ha legislado en el campo de las interprofesionales, los Consejos reguladores y las organizaciones de productores¹⁸³.

La agricultura ha sido históricamente un sector protegido y fuertemente intervenido. Ello no le ha eximido del cumplimiento de las normas de competencia que regulan la libertad en los mercados. Esta idea esencial revela una contradicción fundamental que no es otra que el intervencionismo *versus* la libertad de mercado. En Europa se hizo una apuesta por un Mercado único en el que se pudiera comprar, vender y comercializar bienes y servicios libremente. Es dentro de ese contexto en el que se deben interpretar las leyes de competencia y la agricultura dentro de un mercado cada

¹⁷⁸GUILLEM CARRAU, J., *op.cit.*, nota 87, pp. 146.

¹⁷⁹Publicada en el BOE 31.12.1994.

¹⁸⁰CEBOLLA, M.A., "Las organizaciones interprofesionales agroalimentarias en la Unión Europea y en España", *Distribución y Consumo*, mayo-junio 2010, pp. 54-64, en especial p. 64.

¹⁸¹Publicada en el BOE 10.01.2000.

¹⁸²Publicada en el BOE 11.07.2003.

¹⁸³GUILLEN CARRAU, J., *op.cit.*, nota 87, pp. 145-146.

vez más global. Desde mi punto de vista y en contra de lo que opina una parte de la doctrina, a la agricultura no se le protege aprobando exenciones para el cumplimiento de las normas de competencia, al revés. Estas excepciones agrarias no hacen sino avalar la aprobación de otras excepciones para otros sectores económicos.

En vez de modificar la normativa de competencia con la dificultad que entraña, los poderes públicos y los operadores privados podrían pensar en algún instrumento para intentar superar los problemas que atraviesan los productores agrarios¹⁸⁴. La CNMC ya se adelantó a las necesidades del sector agrícola cuando propuso promover el cooperativismo para incrementar el poder de negociación de los productores, promover los estándares de calidad para mejorar la situación competitiva de los agricultores, generalizar los contratos tipo agroalimentarios, establecer códigos de conducta y diseñar mecanismos de corrección de la competencia desleal.

Algunos de los instrumentos que ya se están aplicando actualmente son la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario¹⁸⁵, la promoción de la calidad con la aprobación del paquete calidad¹⁸⁶, el establecimiento de contratos tipo para la compraventa de leche y de frutas y hortalizas homologados por el Ministerio de Agricultura y por la AICA con objeto de garantizar la seguridad jurídica y evitar los abusos y, por último, la creación de un Registro de Buenas Prácticas en el sector lácteo al que uno se adhiere de manera voluntaria.

La realidad es que las condiciones para se apliquen las excepciones agrarias son exigentes. Se podría pensar que la voluntad de las instituciones europeas fue promover las reglas de competencia a todos los sectores por igual, a pesar de que parece que protege más al sector agrario. Ahora bien, en circunstancias excepcionales y extraordinarias, de manera restrictiva y muy justificada para devolver a los mercados el equilibrio y la estabilidad perdida, se podría aprobar alguna medida especial que exima de alguna norma de competencia hasta que las circunstancias que han dado origen al desequilibrio cesen. Solo concibo las excepciones agrarias en estos casos muy específicos y en casos de fuerza mayor.

¹⁸⁴CNMC, *op.cit.*, nota 137, pp. 7-8.

¹⁸⁵Publicado en el BOE 3.08.2013.

¹⁸⁶Reglamento n° 1308/2013 y Reglamento n° 1305/2013; GUILLEM CARRAU, J., *op.cit.*, nota 87, pp. 154 y 161.

III. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

La Comisión Europea vertebra la política de defensa de la libre competencia en Europa. Las administraciones y las jurisdicciones de los Estados miembros están, cada vez, mejor preparadas para aplicar el Derecho europeo de la competencia y, sin embargo, la armonización es escasa¹⁸⁷. Hasta la aprobación del Reglamento nº 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado¹⁸⁸, la Comisión tuvo el monopolio en la aplicación administrativa del Derecho de la competencia. A partir de esa fecha, se reconoció a los órganos nacionales autoridad para conocer y juzgar esta materia. Estos últimos años, las autoridades nacionales de competencia han ido ganando protagonismo.

Para la doctrina, las crisis económicas son un caldo de cultivo favorable a las voces que reclaman una laxitud en la aplicación de la normativa de competencia¹⁸⁹. En tiempos de crisis, no debe cederse en la aplicación de los mecanismos legales que protegen la defensa y la salvaguarda de la libre competencia¹⁹⁰. No aplicar la política de competencia porque hay crisis no puede más que considerarse una trampa de las empresas al mercado, a la economía y a los intereses de los más débiles. La política de competencia debe aplicarse precisamente porque hay crisis y para que los mercados estén más regulados en esta época que incita a la flexibilidad, la relajación y la infracción¹⁹¹.

Se podría, llegado el caso, adoptar restricciones a la competencia de manera temporal cuando se trate de acuerdos que incentiven la producción y/o la innovación o se podrían reducir las multas económicas en época de crisis. Como desarrolla Fehling, durante la crisis económica se han concedido distintas ayudas como las concedidas a los consumidores para la promoción de sector del automóvil, ayudas financieras para la construcción de infraestructuras, de recapitalización de entidades financieras, para el salvamento de entidades financieras, de seguros o recapitalización de las exportaciones

¹⁸⁷CALVO CARAVACA, A.L. y CANEDO ARRILLAGA, M.P., *op.cit.*, nota 139, p. 411.

¹⁸⁸Publicado en el DOUE 4.01.2003.

¹⁸⁹CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Derecho de la Competencia, Administración y Descentralización”, Nuevas Políticas Públicas, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas* nº 9, Junta de Andalucía, 2014, pp. 147-160, en especial p. 150.

¹⁹⁰GARCÍA HIDALGO J.L. y PALMA MARTOS, L., *op.cit.*, nota 2, p.47.

¹⁹¹CANEDO ARRILLAGA, M.P., *op. cit.*, nota 189, pp. 152-154.

y ayudas para las empresas en riesgo de insolvencia¹⁹². Una de las características que han tenido estas ayudas es la urgente necesidad con la que se adoptaron. Se han llegado a aprobar por la Comisión en plazos de dos semanas o se han evaluado ayudas en plazos de veinticuatro horas.

No obstante, parece que con estas medidas la Comisión no ha renunciado a la protección de la competencia que asegure las mismas oportunidades para todos. Asimismo, ha convertido en un presupuesto esencial de la justificación de las ayudas la prevención de las distorsiones desmedidas de competencia. Antes de la crisis ya se señaló que la regulación del artículo 107 del TFUE no se explicaba bien con el binomio *regla general- excepciones*¹⁹³. El Derecho de ayudas públicas trata de evitar el falseamiento de la competencia, no las ayudas con el fin de imponer un determinado modelo económico.

Desde el principio, los Estados han adaptado su solicitud de ayuda a los requisitos que la Comisión establecía en sus comunicaciones y a menudo, antes de la notificación de la misma, se han producido negociaciones informales lo que ha facilitado mucho las tramitaciones y la concesión de las mismas. Fehling concluye que las ayudas públicas son de gran utilidad en tiempos de crisis económicas en la medida que actúan como mecanismo de dirección para corregir los ciclos económicos. Se observa cómo la Comisión ha pasado de ser la guardiana de la competencia a convertirse en la coordinadora de los programas anticrisis de los Estados miembros¹⁹⁴.

No obstante, como norma general, la Comisión nunca ha sido partícipe de flexibilizar las normas de competencia por razones de crisis o inestabilidad económica¹⁹⁵. La competencia en los mercados no es la causa de la recesión económica en la que se encuentra España, ni tampoco es parte de la solución. La política de competencia no debe sacrificarse en aras de unas hipotéticas ganancias a corto plazo que pueden ser muy costosas en el largo plazo. Es verdad que se están poniendo de manifiesto algunas tendencias proteccionistas que son difícilmente evitables en la

¹⁹²FEHLING, M., “La reacción de los Estados europeos frente a la crisis y el Derecho europeo de ayudas públicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 14, 2010 en Estado y mercado en situación de crisis / coord. por RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M., VELASCO CABALLERO, F., pp. 41-64, en especial pp. 43 -45.

¹⁹³*Ibidem*, p. 45.

¹⁹⁴FEHLING, M., *op.cit.*, nota 55, pp. 63-64.

¹⁹⁵CANEDO ARRILLAGA, M.P., *op.cit.*, nota 189, p.154.

medida en que las ayudas financieras se nutren de los ingresos tributarios y se debe responder políticamente ante los ciudadanos por las consecuencias que de ellas se deriven¹⁹⁶, pero tender hacia el proteccionismo no ayudará en nada a remontar económicamente¹⁹⁷.

En mi opinión, cuanto más grave sea la crisis, mayor debe ser la rigidez en la aplicación de las normas de competencia para asegurar un comportamiento eficiente y libre del mercado. Es precisamente en las épocas de crisis cuando se intenta evitar el cumplimiento de las leyes porque el foco de atención lo requieren otros asuntos más importantes. Por supuesto, tampoco se debe impulsar la política de *campeones nacionales* que, a veces, promueve la propia Administración Pública (AAPP) porque le interesa¹⁹⁸.

Más que nunca, en las crisis, hay que ajustarse a las normas de competencia para seguir protegiendo a los consumidores y garantizarles la calidad a buenos precios. Descuidar al consumidor significa desproteger a la sociedad. Muchas veces las propias AAPP promueven estas conductas inadecuadas con el mercado porque no son tan autónomas y tan libres como se piensa que son. Muchas veces parece que actúan condicionadas y sujetas a intereses políticos. El objetivo del Mercado único dentro de la UE no puede alcanzarse sin una competencia efectiva¹⁹⁹. Las propias AAPP se convierten a veces en infractoras del Derecho de la competencia con el daño que representa para la sociedad precisamente porque deberían ser ellas las mayores garantes de los bienes comunes y el interés general²⁰⁰.

La defensa de la competencia debe ponderarse con otros principios que favorecen el interés general. Este argumento lleva a muchas AAPP a aprobar normativas que favorecen a determinados operadores en detrimento del interés de los consumidores en

¹⁹⁶FEHLING, M., *op.cit.*, nota 55, p. 48.

¹⁹⁷GANUZA, J. y CALVERAS, A., *op.cit.*, nota 133, p. 134.

¹⁹⁸*Ibidem*, p. 134.

¹⁹⁹CANEDO ARRILLAGA, M.P., *op.cit.*, nota 189, p. 151.

²⁰⁰ARANZABE PABLOS, G., "Contratación administrativa y administración local en la Autoridad Vasca de la Competencia. El caso Pinosolo", *Estudios de Deusto* Vol. 63/1, Enero-Junio 2015, pp. 131-148, <http://www.revista-estudios.deusto.es/>; CVC, Resolución 05/2012, asunto Concurso Pinosolo, http://www.competencia.euskadi.net/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/concurso%20pinosolo%20pdd.pdf; ORTEGA BERNARDO, J., "La aplicación de las normas de la competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local", 50 Aniversario de la Primera Ley de Competencia en España, *ICE* nº 876, Enero- Febrero 2014, pp. 57-74.

muchos casos²⁰¹. En la medida en que una Administración crea una normativa y ejerce potestades de *imperium*, queda fuera de la capacidad sancionadora de las autoridades de competencia y consigue generar un escudo de impunidad a las empresas que se benefician de la normativa aplicada en perjuicio, por lo general, de los consumidores. Se puede resolver esta situación a través de una normativa supranacional comunitaria que obligue a la AAPP a adecuarse a las directrices supranacionales y proteger así la competencia y los consumidores o bien, puede ocurrir que la LDC permita impugnar ante la jurisdicción competente como establece el artículo 13.2º LDC. Esta opción operaría como último recurso.

Un ejemplo del *doble rol* que desempeña la administración se aprecia en el caso de las organizaciones de productores y transformadores de vinos de Jerez²⁰² que alegaron confianza legítima como eximente al fijar los precios al imputarles una infracción del artículo 1 LDC porque el Ministerio de Agricultura y la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía conocían los hechos. Para el TC, solo puede generar confianza legítima la autoridad que sea competente para autorizar dichos actos y debe prevalecer el principio de legalidad aunque la conducta de la Administración sea equívoca. La Consejería de Agricultura es competente en la materia pero no lo es para delimitar si las prácticas se ajustan al Derecho de la competencia, cosa que solo puede hacer la autoridad de competencia o los órganos jurisdiccionales en su caso. La Administración fue considerada partícipe de la infracción si bien no fue objeto de sanción por la CNMC, cuestión que resolvió hace poco el TS en la sentencia de 18 de julio de 2016 que incorporó una importante novedad en materia de Derecho de la competencia porque validó la actuación de la extinta CNC y finalmente declaró a la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 julio de Defensa de la Competencia (LDC) por su activa actuación más allá de sus funciones propias, al actuar en realidad como facilitadora del cártel sancionado en el expediente de la CNC S/167/09 productores de uva y vino de Jerez.

²⁰¹CANEDO ARRILLAGA, M.P., *op.cit.*, nota 189, p. 155.

²⁰²CNMC, Resolución nº S/0167/09, de 6 octubre de 2011.

Sobre esta sentencia reciente del TS se pronuncia Soldevila Fragoso²⁰³ y destaca cómo ante asuntos similares la Comisión²⁰⁴ y el Tribunal General²⁰⁵ no se pronuncian como ya ocurrió con el asunto de las vacas locas donde no se condenó al Ministro de agricultura francés. En realidad y debido a que la Comisión no sanciona a las autoridades públicas por sus conductas anticompetitivas cuando actúan como autoridades soberanas, incluso en los supuestos que hayan fomentado dichas prácticas, los cartelistas tratan de ampararse en esa actuación pública para solicitar la exención de su responsabilidad.

Asimismo este autor, y a colación de las sentencias del TJUE de 18 de junio de 2013, asunto *Schenker* C-681/11 y de 22 de octubre de 2015, asunto *Treuhand II* C-194/14, destaca uno de los argumentos que da el TS acerca de que la administración pública no se considera un operador económico al uso porque no obtiene beneficio económico de la conducta aunque subraya que la participación en la actividad económica puede darse en diferentes grados y formas. La jurisprudencia del TJUE avala expresamente la decisión del TS en el sentido de exigir responsabilidades a las empresas que actúen como facilitadores de una conducta anticompetitiva y ello aunque no operen en el mercado en el que se produce el cártel, ni tampoco en otro vinculado.

Para Soldevila Fragoso parece claro es que una nueva resolución de la CNMC en la misma dirección podría dar lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial para que el TJUE aclarase finalmente si una Administración Pública que, actuando al margen del mercado y en el ejercicio de sus propias competencias, aunque con exceso manifiesto, facilite una conducta colusoria, debe ser declarada responsable de la misma como un cartelista más.

La unificación de criterios a nivel europeo cuando se aplica el artículo 101 del TFUE es necesaria porque los supuestos en los que las AAPP en los distintos Estados miembros se extralimitan en sus funciones avalando prácticas anticompetitivas son bastante frecuentes. Tras la sentencia *novedosa* del TS, habrá que valorar las consecuencias económicas que puede representar dicha declaración de responsabilidad para la Administración porque podría llegar a considerarse responsable solidaria en una

²⁰³SOLDEVILA FRAGOSO, S., “Responsabilidad de la Administración Pública por favorecer la distorsión de la libre competencia”, *Revista de Jurisprudencia* nº 1, enero de 2017.

²⁰⁴Decisión de 2 de abril de 2003, Asunto COMP/C.38.279/F3, Carnes de vacuno francesas.

²⁰⁵Sentencia del Tribunal General de la UE de 28.06.16, asunto Telefónica T-216/13.

reclamación de daños y perjuicios ejercitada por los consumidores que han sufrido el daño y tener que responder solidariamente cuando las empresas se declaren insolventes.

Respecto a la distancia que a veces existe entre las infracciones en competencia y las autoridades que tienen encomendada la función de detectarlas y sancionarlas, está claro que una gran distancia dificulta la comprensión de la política de competencia porque genera procedimientos largos, masificación del trabajo y disminución de la eficiencia que resulta contraria a los intereses generales que protege la administración. La doctrina se muestra favorable a la descentralización de la defensa de la competencia y apoya la creación de los organismos autonómicos²⁰⁶. Opinión que comparto plenamente porque estas deficiencias se están observando precisamente en aquellas CCAA españolas donde no ha interesado, por las razones que sea, crear órganos independientes, imparciales y autónomos para promover y proteger la libre competencia.

La existencia de sistemas descentralizados de aplicación de la legislación de competencia se vislumbra como la solución óptima. Las competencias se están transfiriendo de la Comisión Europea a las autoridades nacionales de defensa de la competencia y en el caso español, singular entre todos los Estados miembros, las competencias se transfieren además a los órganos autonómicos si así se regula expresamente.

Efectivamente, en la sentencia del TC 208/99, de 11 noviembre²⁰⁷, el Tribunal consideró que la defensa de la competencia se encontraba inserta dentro de la materia de comercio interior y por eso se asignó a las CCAA para que ellas fueran las autoridades encargadas. Se pasó de un sistema centralizado a otro descentralizado en el que todas las CCAA que así lo recogieran en sus Estatutos de Autonomía, pudieran asumir la autoridad en la defensa de la competencia. No obstante, el propio TC señaló que tal atribución de poderes a las CCAA se realizaba sólo dentro del ámbito ejecutivo, ya que de la lectura de los propios Estatutos de Autonomía se deducía que las CCAA sólo podían tener la competencia ejecutiva y no la legislativa, al venir expresamente fijada como límite sobre el comercio interior.

²⁰⁶GUILLÉN CARAMÉS, J., *op.cit.*, nota 113, pp. 859-860; CANEDO ARRILLAGA, M.P., *op.cit.*, nota 189, p. 160.

²⁰⁷Sentencia del TC 208/1999, de 11 de noviembre de 1999, BOE 16.12.1999; GUILLÉN CARAMÉS, J., *op.cit.*, nota 206, pp. 780 y 781.

La publicación de esta sentencia del TC en España representó la transición de un régimen centralizado hacia uno descentralizado que demandaba una serie de medidas de articulación del sistema ante el temor de que se produjera una ruptura con el principio de unidad de mercado. A su vez, la STC 208/1999 reconoció la competencia que tiene el Estado, cuya base legal se encuentra en el artículo 149.1º.13ª de la Constitución Española, para coordinar la defensa de la competencia, empleando los mecanismos que considere pertinente.

Con la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de competencias entre el Estado y las CCAA²⁰⁸, se delimitaron los puntos de conexión entre las autoridades estatales y autonómicas con objeto de evitar duplicidades y diluir esfuerzos. Asimismo se estableció el procedimiento de asignación de casos y los mecanismos de colaboración y coordinación para evitar caer en la descentralización absoluta. Esta Ley fue necesaria para organizar administrativamente la libertad de competencia en España.

Consecuencia de la sentencia del TC y de la Ley 1/2002, aquellas CCAA que han tenido verdadero interés y voluntad política en promover la competencia, han creado sus propios organismos autonómicos y aplican la legislación de competencia cuando el mercado afectado se reduce a su espacio geográfico. Sin embargo, no llegan a tener capacidad normativa y deben aplicar la normativa estatal. El control de las concentraciones y las ayudas públicas sigue siendo competencia exclusiva de la CNMC o de la Comisión Europea. A día de hoy, ningún órgano autonómico puede instruir o resolver sobre estas dos cuestiones que deberán ser resueltas en instancias superiores.

En el informe de la CNMC²⁰⁹, la política de competencia en España quedaba descentralizada de la siguiente manera. En Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco existe un sistema unitario de defensa de la competencia que engloba las funciones de instrucción y resolución de expedientes. Esta estructura de órgano único es lo habitual en Europa con objeto de que el organismo sea operativo y ágil.

²⁰⁸CANEDO ARRILLAGA, M.P., *op.cit.*, nota 189, p. 152; GUILLÉN CARAMÉS, J., *op.cit.*, nota 113, pp. 864-877.

²⁰⁹CNMC, *Informe sobre aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA* año 2014, Madrid, 2014, pp. 1-15.

En Aragón, Castilla-León, Extremadura y Valencia existe un sistema dual de defensa de la competencia. Por un lado hay un órgano que instruye y por otro, hay un órgano que resuelve por lo que no son tan operativos y eficientes como las estructuras únicas²¹⁰. En Canarias, Madrid, Murcia y Navarra, el organismo autonómico de competencia es solo de instrucción porque resuelve la CNMC. Por último, están Asturias, Baleares, Castilla-La Mancha y La Rioja que han firmado un Convenio de delegación de funciones en la CNMC. Es decir, la única CCAA que no ha hecho nada ha sido Cantabria²¹¹.

Desde mi punto de vista, un Convenio de colaboración tampoco representa un gran avance. A través del mismo, la CCAA delega todas las funciones en competencia a la CNMC que ya tiene demasiados asuntos que resolver a nivel nacional, sobre todo las concentraciones y las ayudas públicas. Con la firma del Convenio de colaboración, las partes (CNMC y organismo autonómico respectivo) se comprometen a facilitar información y a colaborar en todos los asuntos de los que tengan constancia. La realidad es que, con la firma del Convenio de colaboración, queda justificada la inacción absoluta por parte del Gobierno autonómico que no quiere (porque no le interesa) la aprobación de un organismo autonómico de defensa de la competencia que *ponga en jaque* a los empresarios regionales que vulneren las normas de competencia.

A pesar de que el Informe para la Reforma de las Administraciones Públicas en 2015 propuso la supresión de los órganos autonómicos de defensa de la competencia, el funcionamiento del sistema descentralizado en España está adquiriendo cada vez más eficacia²¹². Se están corrigiendo algunos de sus defectos y está mejorando la coordinación con el órgano estatal. Por su parte, las autoridades autonómicas están reorientando su actividad hacia aquellas áreas en las que pueden ser más útiles. Son los casos de Valencia y Castilla-León, por ejemplo, que han reformado sus órganos de competencia para hacerlos más eficientes o Galicia y Andalucía que han realizado reformas más profundas.

Los detractores de la descentralización señalan que supone una duplicidad de organismos y que se puede llegar a romper la unidad de aplicación del Derecho de la

²¹⁰*Ibidem*, p. 3

²¹¹CNMC, *op.cit.*, nota 209, p. 3.

²¹²HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., “El futuro de la aplicación descentralizada de la defensa de la competencia”, *Estudios de Deusto* Vol. 63/1, Enero-Junio 2015, pp. 85-104, en especial pp. 85-86.

competencia en el territorio nacional. Sin embargo, una cosa es el aumento del número de organismos que siempre tiene un coste que puede ser rentable o no dependiendo de cómo funcione el nuevo sistema y, en este caso, del valor que se le dé al incremento de la actividad de defensa de la competencia y otra muy diferente es que se pueda hablar de duplicidades²¹³. A este respecto, tiene un papel decisivo la Ley 1/2002 que coordinó las competencias entre el Estado y las CCAA con objeto de que no se solapen o dupliquen sus actuaciones.

El sistema que creó la Ley 1/2002 garantizaba que la denuncia siempre iba a ser resuelta por el único órgano que fuera competente de acuerdo con los criterios establecidos en la propia Ley. No obstante, la Ley 1/2002 convierte a la CNMC en la guardiana del sistema al permitirle que se persone en todos los expedientes de las autoridades autonómicas.

No obstante, hay que destacar que hay medidas que garantizan la uniformidad en la aplicación de la LDC en todo el territorio nacional como la obligación que tienen los órganos autonómicos de notificar a la CNMC todos los acuerdos y resoluciones que se adopten, la posibilidad de que la Dirección de investigación se persone como interesada en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos autonómicos o los informes preceptivos no vinculantes que tiene que redactar el órgano autonómico respecto de aquellas conductas que, aunque afecten a un ámbito supra autonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva CCAA²¹⁴.

En julio de 2011 se suprimió el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla-La Mancha²¹⁵. Y en diciembre de 2011, el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid se convirtió en un órgano de instrucción²¹⁶. En ambos casos se alegaron razones económicas pero parece haber un trasfondo mayor

²¹³*Ibidem*, pp. 88-89.

²¹⁴HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *op.cit.*, nota 212, pp. 90-91.

²¹⁵A través del Decreto 177/2011, de 14/07/2011, de supresión de los órganos de defensa de la competencia de Castilla-La Mancha, publicado en el DOCM de 15 de julio de 2011, se suprimió el Tribunal de defensa de la competencia de Castilla-La Mancha alegando razones económicas.

²¹⁶En el artículo 9 de la Ley 6/2011, de 28 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas se suprimió el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid y se convirtió en un órgano de instrucción. Se publicó en el BOE 2.03.2012.

que el estrictamente económico²¹⁷. Dentro de la doctrina, Marcos considera que quizás el fallo fue no haber hecho un análisis previo de por qué debían crearse estos órganos autonómicos de defensa de la competencia. El cierre de estos organismos demostró que no había una base sólida para su creación y que no se habían planificado sus funciones ni calculado adecuadamente la operatividad que se esperaba de los mismos.

Algunas CCAA han visto limitadas su operatividad y efectividad por el escaso compromiso y voluntad política que ha inspirado la creación de un organismo autonómico de competencia y presidido su funcionamiento. Estoy totalmente de acuerdo. La principal ventaja de estos organismos autonómicos debe ser la mayor proximidad geográfica y el mejor conocimiento de los mercados locales. La cercanía debe representar un acceso más fácil a la información, que ésta sea de mayor calidad y que la reacción de las autoridades sea más rápida y menos costosa.

De esta manera, la CNMC se podía centrar en los cárteles, las ayudas públicas y en las prácticas anticompetitivas más dañinas de ámbito superior al autonómico. La creación de distintas autoridades administrativas mejora la competencia entre ellas y favorece el aprendizaje mutuo y la innovación. Hablar de la descentralización de los órganos de competencia representa todas las ventajas.

Comparto la visión de este autor que señala que es difícil que las autoridades autonómicas sean independientes, imparciales y que cuenten con gente capacitada. Las autoridades autonómicas se concentran más en la abogacía y la promoción de la competencia que en la sanción, muchas veces porque están coartadas para sancionar y atacar al sector empresarial de su región. Un órgano de competencia debe ser un árbitro entre los distintos intereses de las empresas del sector, su principal activo debe ser la independencia de su criterio, debe transmitir a las empresas que sus potenciales ganancias provienen de sus ventajas competitivas y no de favoritismos que obtengan del órgano regulador²¹⁸. Lo ideal sería que los órganos autonómicos fueran imparciales, independientes y los conformaran gente preparada y capacitada seleccionada por su experiencia y formación en competencia y no por su ideología política.

²¹⁷MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción”, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad de San Pablo CEU, Documento de Trabajo, *Serie Política de la Competencia*, nº 31, 2012, Madrid, pp. 5-36, en especial pp. 6-8.

²¹⁸GANUZA, J. y CALVERAS, A., *op.cit.*, nota 133, p. 134.

La descentralización está demostrando que se atienden y resuelven muchos más asuntos desde que las CCAA empezaron a asumir sus competencias en esta materia. Las CCAA que no asumen competencias es porque no les interesa. En estos casos, cuando existe una infracción y la persona o empresa afectada decide interponer una denuncia, ni siquiera sabe a dónde tiene que dirigirse ni qué hacer. Y si lo hace, invierte mucho más tiempo de lo habitual para que la denuncia prospere y luego sobreviene un silencio administrativo sobredimensionado.

Estoy a favor de que se creen organismos de defensa de la competencia autonómicos. No considero adecuado el traspaso de las funciones de sanción a la CNMC a pesar de que así ocurre en bastantes CCAA en España. Es una manera de desvincularse del daño directo que se puede infligir sobre el empresariado de la región que ha violado la libre competencia y hay que multarle. No obstante, cuando la facultad de sancionar recae sobre la CNMC en vez de sobre el organismo autonómico, se está cargando administrativa y burocráticamente al órgano nacional y eso actúa en detrimento de la promoción y defensa de la libre competencia en todo el país.

La promoción de la competencia es el área en que las autoridades autonómicas tienen un mayor margen de actuación²¹⁹ situándose, dentro de un ámbito territorial autonómico, prácticamente al mismo nivel competencial que la propia CNMC o incluso superándolo si así lo dispone la normativa autonómica. Es lo que ocurre con la Autoridad Catalana de la Competencia (ACC) que ha asumido todas las competencias y actúa con autonomía e independencia respecto al órgano nacional. Lo que parece claro es que existe una necesidad real de crear órganos autonómicos de defensa y promoción de la competencia.

Como señala la Comisión, la política de competencia tiene como objetivo garantizar que las empresas compitan entre sí de forma equitativa. Ello fomenta la actividad empresarial y la eficiencia, proporciona al consumidor un mayor abanico de opciones para elegir y contribuye a bajar los precios y mejorar la calidad. Por todas estas razones, la UE lucha contra los cárteles, revisa las fusiones, las ayudas estatales y

²¹⁹BERASATEGI TORICES, J., *op.cit.*, nota 126, p. 120.

fomenta la liberalización del mercado²²⁰ y en esa dirección deben ir los órganos nacionales y autonómicos también.

Conscientes de la interacción que existe entre los órganos de instrucción y los sancionadores dentro de la ejecución de la política de competencia, numerosos países han optado por atribuir las competencias de ejecución de ambas materias a una misma autoridad²²¹. Este sistema de único órgano es el más extendido y hacia él habría que tender cada vez que se cree un organismo de defensa y promoción de la competencia. No conceder autonomía, libertad y discrecionalidad a los órganos de defensa de la competencia es impedirles que funcionen correctamente. O se constituyen adecuadamente asignándoles todas las funciones y dándoles los medios que necesitan o es mejor que no se creen porque representa un desgaste en medios económicos, temporales y humanos.

En los países y en las regiones españolas donde no se han creado órganos de defensa de la competencia, se aprecian deficiencias formales en la protección de los consumidores. Algunos países y algunas CCAA en España han optado por crear organismos de consumo autónomos que integran los temas de competencia, pero siguen estando lejos de la estructura y la independencia de las autoridades de competencia además de estar subordinados a otras políticas y no tener recursos suficientes para llevar a cabo sus funciones.

Las competencias que la Ley 1/2002 atribuyó a las autoridades de competencia autonómicas en materia sancionadora les acercó a sectores que ofrecían sus bienes y servicios al consumidor final. Por lo tanto, unificar ambas materias en un mismo ente administrativo podría llegar a facilitar mucho el trabajo y se obtendrían resultados más satisfactorios si no existiera un órgano autónomo de defensa de la competencia o éste funcionara mal. En estos casos, Berasategi Torices aconseja unificar competencia y consumo bajo una misma autoridad autonómica para ser más eficientes²²². Por ejemplo,

²²⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comprender las Políticas de la UE: Competencia, un mejor funcionamiento de los mercados*, Bruselas, 2014, pp. 1-12, en especial p. 3.

²²¹ Es el caso de Australia, Canadá, Colombia, EEUU, Irlanda, Italia, Japón, Reino Unido, Panamá, Perú y Polonia entre otros.

²²² BERASATEGI TORICES, J., *op.cit.*, nota 126, pp. 122-124; SANTALÓ, J., “Hay que suprimir los tribunales de defensa de la competencia autonómicos”, Blog Nada es gratis, 27.05.2011, <http://nadaesgratis.es/santalo/%C2%BFhay-que-suprimir-los-tribunales-de-defensa-de-la-competencia-autonomicos-2>, visitada el 15.10.2015.

el Tribunal gallego de la competencia es tribunal de competencia y consumo a la vez y funciona muy bien.

Como destaca Hernández Rodríguez, la aplicación descentralizada se encuentra en una fase de consolidación caracterizada por un nivel de actividad en materia de defensa de la competencia cada vez más elevado, un alto grado de coordinación y cooperación entre las autoridades que han desarrollado mecanismos más eficaces que los inicialmente previstos en la Ley. Para este autor, quizás sea el momento de crear un nuevo marco jurídico que sustituya el previsto en la Ley 1/2002 y permitir que la aplicación descentralizada suponga un aumento cuantitativo y cualitativo de la actividad relacionada con la defensa de la competencia en España en beneficio de toda la sociedad.

Desde mi punto de vista, las autoridades de defensa de la competencia deben descentralizarse porque las autoridades deben estar cerca física y *psicológicamente* de los infractores y de los hechos. Si la autoridad se encuentra cerca, tendrá facilidad para profundizar en las actuaciones, conocer a los autores y el alcance de la infracción. De otra manera, se difuminará en un procedimiento largo con resultados infructuosos y el consumidor y el interés general quedarán desatendidos. Aquellas CCAA que no tienen órganos de defensa de la competencia propuestos y aprobados en sus Estatutos de Autonomía no cuentan ni con la voluntad política de que se aplique la política de competencia ni con la intención de que se resuelvan los abusos que se producen en el mercado.

Trabajar con esta dependencia y falta de autonomía es fatal, representa *un querer y no poder*. Las CCAA alegan razones económicas pero se está demostrando que el dinero invertido en promover y defender la competencia se recupera con las multas de carácter económico que impone el organismo a los infractores y, además, con beneficios intangibles como son la transparencia, la mejora de la oferta, la libertad en la decisión de compra, la innovación, el servicio postventa, la calidad y la creación de empleo.

Respecto a la participación que se reconoce a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, quizás sea interesante centrar la atención en la sentencia del TJUE de 7 diciembre 2010, caso C-439/08 asunto *Vebic*. Entre otras cosas, resulta interesante observar cómo evoluciona la doctrina y con ella la jurisprudencia.

Los fundamentos de *Vebic* se centran en un supuesto cártel de los panaderos artesanos belgas que fijaban los precios del pan. Es verdad que, en un primer momento, ni siquiera se previó la participación de la autoridad nacional de competencia en el procedimiento porque se consideró que esa actuación quedaba fuera del ámbito europeo del Derecho de la competencia. Sin embargo, luego se demostró que no era así y que esa conducta quedaba dentro del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE.

La cuestión que interesa es la relativa a que en el litigio principal sólo estaba presente la parte recurrente porque al tratarse de una autoridad de competencia no se le consideraba que pudiera ser parte recurrida en el proceso que había iniciado. Esta situación planteaba dudas sobre la conformidad de la normativa interna controvertida con el Derecho de la Unión, en particular con los artículos 2 (carga de la prueba), 15.3° (cooperación con órganos judiciales nacionales) y 35.1° (designación de las autoridades de competencia) del Reglamento nº 1/2003. La duda estribaba en saber si una autoridad nacional de competencia estaba legitimada para participar, como parte recurrida, en un procedimiento judicial relativo a una decisión de la que es autora²²³.

De los artículos 2 y 15.3° del Reglamento nº 1/2003 no se deduce que las autoridades nacionales de competencia tengan derecho a participar en un procedimiento de recurso interpuesto contra sus propias decisiones disfrutando de los derechos de parte en dicho procedimiento. El artículo 2 del Reglamento nº 1/2003 dispone que la prueba de una infracción de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue, sin que esta disposición otorgue ningún derecho procesal a tal autoridad.

Por otro lado, el artículo 15.3° del Reglamento nº 1/2003 faculta a una autoridad nacional de competencia para presentar observaciones escritas ante los órganos jurisdiccionales de su Estado miembro sobre la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE y con la venia del correspondiente órgano jurisdiccional. Sin embargo, presentar observaciones orales no significa que dicha autoridad participe en los procedimientos judiciales nacionales como parte recurrida. Ahora bien, no hay que olvidar la extraordinaria función que tienen la Comisión Europea y las autoridades nacionales de la competencia para intervenir procesalmente como *amicus curiae* e

²²³Considerandos 51 y 52 de la sentencia *Vebic*.

incluso pueden ser requeridas por los jueces nacionales para aportar sus alegaciones o contestar a sus dudas por la necesidad de realizar apreciaciones jurídicas y económicas complejas conforme lo dispuesto en el artículo 15.3º del Reglamento nº 1/2003²²⁴. Por lo tanto, la autoridad de la competencia podrá comparecer por propia iniciativa y manifestar su punto de vista, erigiéndose así en *cogarante* del sistema público de aplicación de las normas de la competencia en los términos previstos en el artículo 15.3º del Reglamento nº 1/2003. En este supuesto, la comparecencia e intervención de la autoridad de la competencia será voluntaria y el juez deberá aceptarla necesariamente y no podrá desestimar sin suficiente motivación el punto de vista que exprese aquélla.

Esta idea debería presidir también la intervención de la CNMC en los expedientes autonómicos, reemplazando en la medida de lo posible su sistemática personación como parte interesada por una legitimación amplia para acudir a la vía contenciosa, en caso de desacuerdo y por un sistema de *amicus curiae*, como ya existe en las relaciones entre la Comisión Europea y las Autoridades nacionales de competencia.

Según lo resuelto en la sentencia *Vebic* y conforme al artículo 35.1º del Reglamento nº 1/2003, los Estados miembros designarán a la autoridad o autoridades de la competencia competentes para aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, de tal forma que puedan velar por el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en dicho Reglamento. Según éste, las autoridades designadas deben garantizar la aplicación efectiva de dichos artículos en aras del interés general.

Tal como señala el Abogado General Paolo Mengozzi²²⁵ en el punto 74 de sus conclusiones y a propósito de esta STJUE mencionada, el hecho de no conceder a la autoridad nacional de competencia los derechos de parte en el litigio y de impedirle defender la resolución que ha adoptado implica el riesgo de que el órgano jurisdiccional que conoce esté totalmente *cautivo* de los motivos y alegaciones formulados por la empresa o empresas recurrentes. En un ámbito como el de la comprobación de infracciones de las normas de competencia y la imposición de multas que implica

²²⁴ORDOÑEZ SOLIS, D., La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España, 1.05.2015, *www.elderecho.com*, visitada el 20.01.2017; SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas antitrust", en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo I, GARCÍA CRUCES, J. A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 907-961, en especial pp. 956-958.

²²⁵Conclusiones del Abogado General presentadas el 25 de marzo de 2010, asunto C-439/08, caso *Vebic*.

apreciaciones jurídicas y económicas complejas, la mera existencia de tal riesgo puede comprometer la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

De todo ello se desprende, según el artículo 35.1º del Reglamento nº 1/2003, que los órganos jurisdiccionales podrán figurar entre las autoridades de competencia designadas por los Estados miembros. Y conforme al artículo 35.2º, cuando la ejecución de la legislación de la Unión en materia de competencia se confíe a autoridades administrativas y judiciales nacionales, los Estados miembros podrán atribuir diferentes poderes y funciones a esas distintas autoridades nacionales, ya sean administrativas o judiciales.

Por lo tanto, el TJUE en el asunto *Vebic* concluye que el artículo 35 del Reglamento nº 1/2003 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no reconoce a una autoridad nacional de competencia la facultad de participar, como parte recurrida, en un procedimiento judicial dirigido contra una resolución de la que dicha autoridad es la autora. No obstante, la no comparecencia sistemática de la autoridad nacional de competencia en tales procedimientos judiciales compromete el efecto útil de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

Asimismo precisa que, ante la inexistencia de normativa de la Unión, los Estados miembros son competentes, conforme al principio de autonomía procesal, para designar el órgano u órganos que, formando parte de la autoridad nacional de competencia, están facultados para participar, como parte recurrida, en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional nacional contra una resolución de la que dicha autoridad es autora, garantizando el respeto de los derechos fundamentales y la plena efectividad del Derecho de competencia de la Unión.

De la sentencia *Vebic* se desprende que las autoridades autonómicas estarán facultadas para intervenir como parte en un litigio que hayan iniciado por infracciones al Derecho de la competencia y siempre que se le designe como el órgano facultado para participar en un procedimiento ante un órgano judicial nacional contra una resolución de la que esta autoridad ha sido autora garantizando así la efectividad del Derecho de competencia de la Unión.

IV. ANTECEDENTES AGROALIMENTARIOS EN LAS INFRACCIONES DE COMPETENCIA: LOS CÁRTELES

4.1 Introducción

En los veintiocho Estados miembros²²⁶ de la UE hay doce millones de agricultores y más de cuatro millones de personas trabajan en el sector alimentario. Los sectores agrícola y alimentario juntos representan el 7 por ciento de todos los puestos de trabajo en Europa y generan el 6 por ciento del PIB europeo²²⁷. La agricultura representa en España un 2,4 por ciento del PIB.

En España, la autoridad nacional de competencia es la CNMC que tiene asignadas competencias en los sectores de la energía, las telecomunicaciones, el sector audiovisual, el postal, las tarifas aeroportuarias, el transporte ferroviario, la competencia y la promoción de la competencia. Se plantea el interrogante de saber qué órgano administrativo es el encargado de velar por la libre competencia en el sector agroalimentario en España porque, qué duda cabe, recibe un trato diferenciado respecto al resto de sectores económicos. A nivel europeo, el órgano encargado es la Dirección General de Agricultura (DGAgri) junto con la Dirección General de la Competencia (DGCom), a nivel estatal no queda claro. Hay que recordar que las cuestiones de competencia que afectan al resto de sectores económicos se resuelven por la DGCom exclusivamente.

En el sector agrario, en los casos en que no se aplique la normativa europea de competencia se aplicará la legislación nacional. Esta última no debería entrar en conflicto jamás con el artículo 39 TFUE²²⁸ que regula los objetivos de la PAC o con el Reglamento nº 1308/2013 que regula dos excepciones agrarias. Las autoridades nacionales de competencia deben abstenerse de tomar cualquier medida que pueda socavar o crear excepciones al Mercado común. Esta es una máxima que debe primar en la aplicación del Derecho de la competencia en el ámbito nacional y autonómico.

²²⁶Aún no se ha producido el Brexit y a día de hoy siguen siendo 28 Estados miembros.

²²⁷COMISIÓN EUROPEA, *Comprender las políticas de la Unión Europea: Agricultura, Una Asociación entre Europa y los agricultores*, Bruselas, 2014, pp. 1-16, en especial p. 4.

²²⁸ Artículo 42 del TFUE y sentencias del TJCE Pigs and Bacon y Maizena.

Los mercados agroalimentarios europeos tienen un balance negativo respecto a las condiciones óptimas de competencia. Las autoridades de competencia de los Estados miembros no actúan homogéneamente frente a las mismas prácticas contrarias de la competencia y eso afecta a la armonización de las condiciones de la competencia y al mercado interior de la UE²²⁹.

El informe de las ANC²³⁰ concluye que el ámbito geográfico y las características específicas estructurales de muchos mercados alimentarios en cada Estado miembro representa que las autoridades nacionales de competencia sean las mejor posicionadas para aplicar las normas de competencia porque son las que mejor conocen los hechos que se investigan. Y con la descentralización de la política de competencia en España, les corresponderá a los organismos autonómicos que tengan reconocidas estas competencias en su respectivo Estatuto de Autonomía.

Para contextualizar el alcance del análisis teórico expuesto hasta ahora, voy a exponer algunos de los cárteles que más alcance han tenido en el sector primario intentando concentrarme en el sector agroalimentario. No es un listado exhaustivo pero permite valorar también la escasez de infracciones que se cometen en este sector frente al resto de sectores económicos. Algunos de estos cárteles son de alcance europeo y otros de ámbito nacional, algunos se frustraron por insuficiencia de pruebas y en otros se llegó a obtener una indemnización por daños y perjuicios.

Subrayo con especial interés el cártel de la leche y las consecuencias que ha tenido para los ganaderos españoles la supresión de las cuotas lácteas en 2015. Quiero apoyarme en el sector lácteo para entender mejor el objeto de estudio con el que finaliza esta investigación.

4.2 Cárteles agroalimentarios

El cártel de semillas de girasol en España se investigó cuando los agricultores de pipas de girasol de Castilla -La Mancha interpusieron una denuncia contra las empresas Aceites del Sur Coosur y Sos Cuétara porque estas empresas les compraban las pipas de girasol a los agricultores pero les exigían que las semillas que cultivaban

²²⁹GUILLEM CARRAU, J., *op.cit.*, nota 87, p. 151; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 407-428.

²³⁰AUTORIDADES EUROPEAS DE COMPETENCIA, *Informe sobre la aplicación de la ley de competencia y actividades que monitorean el mercado del sector agroalimentario*, 2012, pp. 1-15.

fueran vendidas previamente por ellas mismas para asegurar la compraventa del producto. Es decir, les obligaban a comprarles las semillas y cuando ya estaban cultivadas las pipas de girasol, les compraban la producción a los precios que ellos convenían. Estas conductas de abuso, deslealtad y acuerdos en la fijación de los precios son conductas prohibidas por los artículos 1 y 2 de la LDC.

El cultivo de esas semillas de girasol obtenía una subvención de la PAC que había que justificar debidamente para cobrarla. Coincidió que cuando se interpuso la denuncia ante la autoridad de competencia de Castilla y León, la PAC dejó de exigir la obligatoriedad del contrato para la concesión de las subvenciones para los años posteriores a 2010. Y por otro lado, las empresas Aceites del Sur Coosur y Sos Cuétara asumieron ante la autoridad competente el compromiso de no volver a condicionar la compra a la venta previa de sus propias semillas.

De este modo, la Dirección de investigación de la CNC dio por válidas las actuaciones y no se impuso ninguna sanción en el Expediente S/0162/09 que se abrió para estudiar el caso y tampoco se llegó a declarar la existencia de ningún cártel a pesar de que, en mi opinión, lo era. Al rebajarse las exigencias de la PAC junto con los compromisos contractuales que asumieron las empresas denunciadas, finalmente este expediente no fue incoado por la falta de indicios pero qué duda cabe que si hubiera habido indicios suficientes se podría haber reconocido un inequívoco cártel.

Para el descubrimiento y la investigación de los *cárteles de los plátanos* en el norte y sur de Europa fue crucial la participación de la empresa Chiquita Brands que obtuvo una dispensa²³¹ condicional en 2005 que se convirtió en definitiva en 2008 y de esta manera, quedó obligada a colaborar con la Comisión en la investigación, en primer lugar, del cártel de los plátanos de Europa del sur y, en segundo lugar, del cártel de los plátanos de Europa del norte.

La Comisión constató que las empresas Chiquita y Pacific habían participado en un cártel que se extendió por Grecia, Portugal e Italia entre el 28 de julio de 2004 y el 8 de abril de 2005, durante ocho meses y doce días y que participaron en una infracción única y continuada del artículo 101 del TFUE. Se estimó que el volumen de negocio de

²³¹COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*, DOUE 8.12.2006.

los plátanos en estos países esos años fue de 525 millones de euros y valorando el daño que esa actuación había provocado en el mercado se impuso la multa conjunta y solidaria de 9 millones de euros a las empresas FSL Holdings NV, Firma Leon Van Parys NV y Pacific Fruit Company Italy SpA como confirmó la Decisión de la Comisión de 12 de octubre de 2011²³². En esta Decisión no se hizo mención alguna a una posible reclamación de los daños y perjuicios quizás más centrada como estaba la Comisión en la aplicación pública del Derecho de la competencia y sin adelantarse a la evolución que sufriría después este Derecho.

En 2008, la Comisión reconoció que existió un concierto en los precios de venta de los plátanos en el norte de Europa, en concreto en Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y Suecia; y esa actuación afectaba a todo el espacio europeo. Es cierto que el aprovisionamiento de los plátanos que provenían de América Latina se hacía cada jueves y los miércoles se producía un intercambio de información entre las empresas participantes del cártel que influía en los precios de venta de los mismos. Las empresa Chiquita y Dole Food admitieron la existencia de esos acuerdos incluso auto-inculpándose. En las sentencias de 19 de marzo de 2015, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión*, asunto C-286/13 P, y de 24 de junio de 2015, *Fresh Del Monte Produce/Comisión y Comisión/Fresh Del Monte Produce*, asuntos C-293/13 P y C-294/13 P se reconocieron prácticas concertadas y continuadas que restringieron la competencia según el artículo 101 del TFUE.

Chiquita quedó exenta del pago de la multa por haber recibido inmunidad al adherirse al programa de clemencia, Dole Food y DFFE recibieron solidariamente una multa de 45 millones de euros y Weichert y Del Monte recibieron solidariamente una multa de 14 millones de euros. Tras estas sentencias, queda abierta la vía de reclamar los daños y perjuicios de aquellos que hubieran sufrido daños por las conductas anticompetitivas. En mi opinión, habría que valorar adecuadamente el *passing on* porque en este caso tendría una incidencia importante.

Respecto al *cártel del aceite de oliva* en España, se generó una gran polémica. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010 anuló la sentencia de la

²³²Decisión de la Comisión de 12 de octubre de 2011 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 101 del TFUE, Asunto COMP/39.482 frutas exóticas (Plátanos), DOUE 3.03.2012.

Audiencia Nacional y la previa resolución del Tribunal de defensa de la competencia (TDC) que confirmaron la existencia de un cártel del aceite de oliva.

En el año 2000 se creó en Jaén la Compañía española comercializadora de aceite de oliva S.A. (CECASA) que reunió a 400 cooperativas y a cien empresas industriales. Su objetivo era controlar la crisis que atravesaba el sector a través de retiradas de determinada producción de aceite de oliva que devolvería al mercado cuando se hubieran estabilizado los precios. Los socios de CECASA representaban medio millón de litros que equivalía a la mitad de toda la producción española.

El TDC dictó una resolución el 5 marzo de 2002 en la que ordenaba que se disolviera la entidad porque estaban incurriendo en conductas anticompetitivas. Unos años más tarde, la Audiencia Nacional confirmó la resolución del TDC en una sentencia de 22 de julio de 2005. Y hubo que esperar a la sentencia del TS del 20 de enero de 2010 que anuló la resolución del TDC y la sentencia de la Audiencia Nacional dándole vía libre al funcionamiento de la entidad que estaba actuando contra las normas de la libre competencia.

Uno de los argumentos que empleó el TS en su sentencia es que se podían justificar las actuaciones de CECASA ante una eventual situación de crisis en los precios del aceite de oliva. Este argumento parece coherente con la línea de lo defendido por Fehling que señalaba que las ayudas públicas son de gran utilidad en tiempos de crisis económicas en la medida que actúan como mecanismo de dirección para corregir los ciclos económicos. Durante las crisis, normalmente se ponen de manifiesto algunas tendencias proteccionistas que son difícilmente evitables e incluso incomprensibles en la medida en que las ayudas financieras se nutren de ingresos tributarios y debe responderse políticamente ante los ciudadanos a nivel nacional por las consecuencias que de ellas se deriven²³³. Incluso el propio Reglamento nº 1308/2013 prevé las retiradas de producción para corregir los mercados en supuestos de crisis económicas²³⁴.

Sin embargo, para Marcos, no hay manera de justificar que la actuación de CECASA sea pro-competitiva, genere eficiencias o beneficie a los consumidores. Como

²³³FEHLING, M., *op.cit.*, nota 55, pp. 62-64.

²³⁴Artículos 33 y 222 del Reglamento nº 1308/2013.

señala este autor, CECASA busca retirar del mercado la cantidad suficiente de aceite de oliva para que los precios suban, con el consiguiente perjuicio para los consumidores. El verdadero problema es el precedente que la sentencia del TS establece para varios expedientes sancionadores incoados por conductas similares en el sector agrícola que se están tramitando ante la CNMC (productores de uva y mosto de Jerez, expediente S/0091/08, 25 febrero de 2010 y hortofruticultores de Almería, expediente S/0231/10, de 16 marzo de 2010). Se puede extraer la idea de que debe existir cierta tolerancia de las autoridades de competencia hacia los cárteles en las épocas de crisis en el sector agrícola²³⁵. Y es que efectivamente el Reglamento nº 1308/2013, en los artículos 33 y 222, así lo establece.

Por su parte, el *cártel del azúcar* en España representó el reconocimiento de la primera reclamación de daños en el país. Su origen proviene de las cuotas de azúcar²³⁶ que se aprobaron debido a los excedentes que se produjeron en Europa después de la II Guerra Mundial y como manera de organizar los mercados. A partir de 1986, los fabricantes de azúcar tuvieron libertad para fijar sus precios pero estaban obligados a respetar las normas de la libre competencia y, en concreto, aquella que prohibía concertar los precios.

Durante los años 1995 y 1996, los precios del azúcar en España los establecía la Administración pero llamó la atención cómo los precios sufrieron variaciones uniformes en su cuantía y simultáneas en el tiempo como si existiera una política de concertación de precios en el sector. La denuncia de un particular condujo a una resolución del TDC que acreditó la realización de una práctica restrictiva de la competencia²³⁷ que fue confirmada por la Audiencia Nacional²³⁸ y que ratificó el Tribunal Supremo²³⁹.

Con estos antecedentes, las empresas NESTLÉ ESPAÑA, PRODUCTOS DEL CAFÉ, HELADOS Y POSTRES, CHOCOLATES HOSTA DULCINEA, ZAHOR,

²³⁵MARCOS FERNÁNDEZ, F., *op.cit.*, nota 217, pp. 6-8.

²³⁶Las cuotas de azúcar están previstas que se extingan en 2017. España consume 1,3 millones de toneladas de azúcar al año y la UE limitó su cupo de producción a medio millón. Su situación es claramente deficitaria. En el Reglamento nº 318/2006, de 20 de febrero de 2006 donde se regula la organización común de mercados en el sector del azúcar aparece más detallado su funcionamiento.

²³⁷El TDC dictó una resolución el 15 abril de 1999 que acreditaba la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y el artículo 85.1 .a) del TUE e impuso multas a cuatro compañías azucareras.

²³⁸Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2002.

²³⁹Sentencia del Tribunal Supremo de 26 abril 2005.

MAZAPANES DONAIRE, LU BISCUIT, CHOCOLATES TORRAS, ARLUY, CHOCOVIC, LA CASA, PRODUCTOS MAURI, DELAVIUDA ALIMENTACIÓN y WRIGLEY CO. interpusieron una demanda contra EBRO PULEVA, el 26 de abril de 2007 para reclamarle los daños y perjuicios que su actuación continuada en el tiempo les había ocasionado.

Solicitaban que se declarase a EBRO PULEVA responsable de los daños sufridos por las demandantes como consecuencia de la concertación de precios llevada a cabo con el resto de azucareras en el período de 1995 a 1996 y que se le condenara a indemnizarles en las cantidades en las que cuantificaban los daños calculados sobre la base del sobreprecio que pagaron a la demandante por el azúcar que le compraron en dicho periodo.

Hubo sentencias y recursos en diferentes instancias y finalmente el TS resolvió en la Sentencia de 23 noviembre de 2013, STS 5819/2013, sala de lo Civil, condenando a la demandada por una práctica de concertación de precios y aumentando el importe de las multas que había reconocido en primera instancia el Tribunal con objeto de indemnizar a las empresas demandantes.

Como señala Alfaro, el Tribunal Supremo modernizó nuestro Derecho al afirmar que la jurisdicción civil que entiende de una acción de daños no puede dejar de tener en cuenta lo declarado probado por la jurisdicción contencioso-administrativa aunque las sentencias correspondientes no tengan valor de cosa juzgada para la jurisdicción civil.

En este caso, los perjudicados ejercitaron la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que quedó firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. La empresa demandada tuvo plenas posibilidades de defensa y las ejercitó tanto ante el TDC que instruyó como ante los órganos judiciales contencioso-administrativos ante los que recurrió, por lo que la vinculación de la jurisdicción civil no le produjo ninguna indefensión²⁴⁰.

A este respecto, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo argumentó que *el escenario fáctico sobre el que se dictaron las resoluciones de una y otra jurisdicción fue, en cuanto a la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, el mismo,*

²⁴⁰Sentencia del Tribunal Supremo de 23 noviembre de 2013, STS 5819/2013, sala de lo Civil.

*porque en la jurisdicción civil se solicitó la indemnización de los daños y perjuicios causados por el cártel cuya actuación fue el objeto de la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa, que enjuició la conducta anticoncurrencial desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador*²⁴¹.

Por su parte, que el cartelista negociara individualmente los precios con el cliente no privó a éste de su derecho a reclamar el sobreprecio. A este respecto, el TS deja claro que el cartelista que negocia con un cliente actúa dolosamente en la formación del contrato. Como norma general, existe una maquinación engañosa en los contratos celebrados entre cartelistas y sus clientes y éstos deben quedar protegidos de manera equivalente a la protección que tienen en caso de dolo como prevén los artículos 1261 y siguientes del Código civil. En el caso concreto de la sentencia del TS, todos los compradores tienen en común haber sufrido un nivel de precios superior al que tienen derecho en una economía de mercado²⁴².

Por otro lado, como señala Alfaro, es admisible en nuestro Derecho la defensa del *passing-on* aunque la carga de la prueba de la traslación del sobreprecio en su totalidad corresponda al demandado. El TS indica que si el aumento de precio no ha permitido repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas, no puede estimarse la defensa del *passing-on* o no puede hacerse en su totalidad. Por lo tanto, se podrá alegar el *passing on* cuando se haya podido trasladar el incremento de los precios a los compradores indirectos porque otras veces será imposible esta posibilidad al reducirse considerablemente las ventas por el aumento de los precios.

²⁴¹*Ibidem*, fundamento jurídico 3.5º.

²⁴²ALFARO, J., *El Supremo sobre las acciones indemnizatorias de daños causados por cárteles*, Blog de Derecho mercantil, 12.01.2014, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2014/01/el-supremo-sobre-las-acciones.html>, visitada el 01.11.2016.

La sentencia del TS 5819/2013 en el cártel del azúcar marca un hito importante porque reconoce los daños y perjuicios sufridos a los demandantes y asigna una cantidad en concepto de daños que ha cuantificado valorando algunos indicadores como el volumen del mercado, el negocio y las ventas. Cuando se tiene que transponer la Directiva 2014/104/UE en España, este antecedente jurisprudencial adquiere una importancia singular además de representar un estímulo y una orientación extraordinaria.

El *cártel de la gamba* en Europa se inició tras una solicitud de dispensa presentada por la empresa Klaas Puul tras adherirse al programa de clemencia. El cártel comenzó a funcionar por contactos bilaterales entre las empresas Heiploeg, Klaas Puul y Kok Seafood de los Países Bajos y Stührk de Alemania porque, entre junio de 2000 y enero de 2009, participaron en un acuerdo para fijar precios y repartirse volúmenes de ventas de camarones en la UE y esa conducta afectó a los mercados de Bélgica, Francia, Alemania y los Países Bajos lo que repercutió en todo el Espacio Económico Europeo (EEE).

La multa que se impuso fue de 28 millones de euros (Heiploeg recibió una multa de 27 millones de euros, Stührk de 1 millón de euros y Kok Seafood de medio millón de euros). Klaas Puul quedó exenta del pago de la misma porque recibió inmunidad por denunciar y colaborar con la Comisión.

La Comisión señaló en la Decisión de 27 de noviembre de 2013²⁴³ que quedaba abierta la vía para reclamar los daños y perjuicios a todos aquellos que hubieran sufrido un daño por la constitución o el mantenimiento del cártel durante el tiempo que duraron las conductas anticompetitivas.

Algunas primeras valoraciones que se pueden extraer de lo visto hasta ahora es que tanto en España como en Europa se empieza a observar cierta sensibilidad hacia las reclamaciones de daños y perjuicios. El año 2013 resulta determinante para la aplicación privada del Derecho de la competencia porque con anterioridad, ni se mencionaba en los pronunciamientos de las respectivas autoridades competentes. Ahora empieza a reflejarse en las sentencias y en los pronunciamientos de las resoluciones de

²⁴³COMISIÓN EUROPEA, Decisión de 27 de noviembre de 2013 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 101 del TFUE, Asunto 39633/ Camarones, DOUE 17.12.2014.

las autoridades de competencia que *dejan la puerta abierta para una posible reclamación por la vía civil*. Asimismo, se constata la efectividad de los programas de clemencia porque, gracias a ellos, se descubren la mayor parte de los cárteles que se sancionan y disuelven. En palabras de Martín Quemada, se han descubierto más cárteles durante estos últimos diez años con la aplicación del programa de clemencia que en todos los años anteriores.

Y debido a la ejecución del programa de clemencia que aprobó la Comisión, fue como se descubrió el cártel de las *setas y los champiñones* en Europa. La empresa Lutece presentó una solicitud de inmunidad en 2011 y, a consecuencia de ella, la Comisión realizó inspecciones en las empresas Lutece, Prochamp y Bonduelle, todas ellas productoras de setas y champiñones en conserva. El cártel recaía sobre la comercialización de las setas y los champiñones en conserva vendidos en latas y tarros (no frescos ni congelados) para las ventas de marcas privadas en el EEE. Se consideró que la conducta duró más de dos años, de enero de 2010 a principios de 2012.

El 25 de junio de 2014, la Comisión adoptó una Decisión²⁴⁴ relativa a una infracción única y continuada del artículo 101 del TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE que reconocía la constitución del *cártel e* impuso una multa de 32 millones de euros a Lutece, Prochamp y Bonduelle por su participación en este cártel. Lutece quedó exenta de la multa, Prochamp obtuvo una reducción de un 30 por ciento por lo que su multa fue de 2 millones de euros y Bonduelle tuvo que pagar los 30 millones de euros restantes.

En mayo de 2015, la Comisión envió a Riberebro (empresa riojana) un pliego de cargos porque tenía constancia de que había participado en el cártel y, de acuerdo a la notificación del programa de clemencia²⁴⁵, Riberebro obtuvo una reducción de la multa de un 50 por ciento por colaborar con la investigación. Se le impuso una multa de 5 millones de euros porque la Comisión constató que efectivamente Riberebro había participado en el cártel de 10 de septiembre de 2010 al 28 de febrero de 2012.

²⁴⁴COMISIÓN EUROPEA, Decisión de 25 de junio de 2014 sobre infracción del artículo 101 del TFUE y el artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto 39965/ Setas y champiñones, DOUE 17.12.2014.

²⁴⁵COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, 2006/C 298/11, DOUE 8.12.2006.

Como destacó la Comisión, cualquier persona o empresa afectada por el comportamiento contrario a la competencia podía acudir a los tribunales de los Estados miembros y reclamar una indemnización por daños y perjuicios. Hay que recordar que tanto la jurisprudencia del TJUE y el Reglamento nº 1/2003 confirman que una decisión de la Comisión constituye una prueba vinculante de que la práctica se produjo y era ilegal.

El hecho de que la Comisión imponga multas a las empresas implicadas no obsta para que tengan que pagar también indemnizaciones, sin que proceda su reducción como consecuencia de la imposición de tales multas. La Directiva sobre daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia, que España aún no ha traspuesto a pesar de que el plazo para la transposición se previó que fuera el 27 de diciembre de 2016, facilita a las víctimas de las prácticas contrarias a la competencia obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Por lo tanto, ante la espera de que se transponga la Directiva 2014/104/UE en España, quizás sería mejor intentar obtener una prueba vinculante con la que dirigirse a la vía civil. Por el momento, solo queda esperar a la transposición y observar si aquellas personas que sufrieron un daño consecuencia de un ilícito anticoncurrencial efectivamente lo reclaman.

4.3 El sector lácteo

Las turbulencias en el sector ganadero en Europa pasaron por el final de *la bestia negra* de la PAC²⁴⁶, como se llamó a las cuotas lácteas, implantadas el 1 abril de 1984 y que finalizaron el 31 marzo de 2015²⁴⁷, tras más de 30 años en vigor²⁴⁸. En los meses que siguieron a la finalización del sistema de las cuotas lácteas, aumentó la

²⁴⁶FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “La Política Agrícola Común: Origen, Desarrollo y Perspectivas”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº 26, Madrid, 2014, pp. 17-40.

²⁴⁷La Reforma de la PAC de 2003 propuso que las cuotas lácteas se abolieran en 2015. Esta medida fue aprobada por el Chequeo Médico de la PAC en 2008 que acordó que la fecha prevista fuera el 31 marzo de 2015. La reforma de la PAC de 2008 permitió que los últimos cinco años, previos a la extinción de este sistema, se aumentara la producción en un 1 por ciento anual como manera de prepararse a un mercado sin cuotas. Más información en http://ec.europa.eu/agriculture/milk-quota-end/history/index_en.htm visitada el 4/11/2015.

²⁴⁸A través del Reglamento nº 856/84 del Consejo, de 31 de marzo de 1984, DOCE L.84, por el que se modificó el Reglamento nº 804/68 en el que se estableció la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos, quedó aprobado el sistema de cuotas lácteas en Europa. Ha estado en vigor 31 años desde el 2 de abril de 1984 al 31 marzo de 2015.

producción de leche en Europa²⁴⁹, se produjo un desplome en los precios²⁵⁰ y hubo marchas reivindicativas en todos los Estados miembros²⁵¹. Los ganaderos europeos aún solicitan ayudas e intervenciones públicas para asegurar la viabilidad de sus explotaciones ganaderas ante el rechazo a recogerles su producción por parte de las empresas transformadoras. Actualmente, en Europa, se está produciendo más leche de la que se consume internamente.

La Comisión Europea constriñó, durante 30 años, la producción de leche en Europa y eso frenó su expansión internacional, no pudiendo responder a la demanda de mercados que aumentaban el consumo de productos lácteos (India, China, Rusia) frente a nuestros competidores (Nueva Zelanda, Australia y EEUU) que si lo hacían²⁵². Las más beneficiadas con la liberalización del mercado de la leche son las empresas comercializadoras o transformadoras que, ante el aumento en la producción, observan cómo los precios del litro de leche se desploman y su poder de negociación aumenta.

Estos cupos en la producción de leche por país dejaron en indefensión a los ganaderos europeos que vieron cómo, en contra de toda previsión de la PAC, no les benefició en absoluto por varias razones: aumentó la producción mundial de leche, bajaron los precios del litro de leche y sobrevino una crisis en el sector lácteo.

Los ganaderos en España tienen varios frentes abiertos. Por un lado, están muy endeudados porque deben amortizar la modernización que realizaron en sus explotaciones ganaderas, además deben asumir el pago de la supertasa por excederse en la producción de leche que tuvieron asignada durante años²⁵³, se desplomó el precio de

²⁴⁹Irlanda lidera el aumento en la producción con un 12 por ciento más respecto al año pasado. Holanda ha aumentado su producción en un 5 por ciento. España lo ha hecho en un 3 por ciento. Ver Revista Campo Galego <http://www.campogalego.com/es/leche/irlanda-lidera-los-aumentos-de-produccion-de-leche-en-europa-tras-el-fin-de-las-cuotas>, visitada el 1.09.2015.

²⁵⁰Observatorio del Mercado de la leche, Precios de productos lácteos, n° 40, septiembre 2015, http://ec.europa.eu/agriculture/markets-and-prices/price-monitoring/dashboard/food09_2015_en.pdf, visitada el 12.11.2015.

²⁵¹<http://es.euronews.com/2015/03/31/manifestacion-en-bruselas-contra-el-fin-de-las-cuotas-lacteas>, visitada el 31.03.2015.

²⁵²CAPPELLINI, O. y LINARI, J.J., “Mercado mundial de lácteos”, *Fundación para la Promoción y el Desarrollo de la Cadena Láctea Argentina*, Anuario diciembre 2013, Buenos Aires, 2013, pp. 61-74.

²⁵³ El Reglamento n° 1788/2003, del Consejo, DOUE 21.10.2003, establece una tasa en el sector de la leche y de los productos lácteos. El Real Decreto 637/2015, de 10 de julio, BOE 11.07.2015, aplica en España el Reglamento de ejecución n° 2015/517, de la Comisión, de 26 de marzo de 2015, que modifica el Reglamento n° 595/2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento n° 1788/2003, del Consejo. En ellos se regula la supertasa por exceso en la producción, su aprobación en España y la opción de fraccionamiento del pago de la supertasa en tres pagos aplazados.

la leche de vaca²⁵⁴, apenas tienen capacidad negociadora en el canal de venta y se supone que la industria transformadora va a revertir sobre ellos el pago de la multa de 88, 2 millones de euros que impuso la CNMC²⁵⁵ el 26 de febrero de 2015 a las industrias transformadoras de leche (Expediente S/0425/12 de Industrias Lácteas 2) por la constitución del cártel de la leche en España. Además, se aprobó el 23 de septiembre de 2015 el Acuerdo para la Estabilidad y Sostenibilidad de la Cadena de valor del Sector Lácteo entre empresas de la distribución, la industria transformadora, los ganaderos y el Ministerio de Agricultura que figura como garante²⁵⁶ y se está discutiendo la operatividad del mismo. La situación no aparece clara entre la excepción agraria al derecho de la competencia, la Ley de la cadena alimentaria y la debilidad del sector primario.

4.3.1 El mercado mundial de lácteos: el fin de las cuotas lácteas

El sector lácteo es uno de los sectores más distorsionados del mundo. Los países desarrollados conceden subvenciones y ayudas para su producción, lo que hace que se generen excedentes²⁵⁷. Estos mismos países pagan subsidios a la exportación para colocar sus excedentes en otros países, alguno de ellos productores de leche²⁵⁸. Todos los países productores de leche, desarrollados o en desarrollo, aprueban aranceles u obstáculos técnicos al comercio para intentar protegerse de una potencial competencia desleal²⁵⁹. Los productos lácteos son, de todos los productos agrícolas, aquellos que

²⁵⁴Observatorio del Mercado de la leche, http://ec.europa.eu/agriculture/milk-market-observatory/index_en.htm, visitada el 6.11.2015.

²⁵⁵ CNMC, Expediente S/0425/12 de Industrias Lácteas 2, 26 febrero 2015. Actualmente, la CNMC está investigando al cártel de la leche para que no reviertan la multa sobre los propios ganaderos. Por su parte, las industrias transformadoras han recurrido la multa ante la Audiencia Nacional.

²⁵⁶Paquete de medidas adoptadas, <http://www.afca.es/documentos/acuerdo230915.pdf>, visitada el 15.11.2015.

²⁵⁷EEUU regula sus ayudas en su Ley Agraria (Farm Bill), Canadá, Australia y Nueva Zelanda también ayudan a su producción agraria. Europa ha hecho lo mismo con la PAC; FOWLER, P., *Ordeñando la PAC, Cómo el régimen europeo de productos lácteos está arrasando los medios de vida del mundo en desarrollo*, Informe de Oxfam Internacional, Washington DC, 2002, p. 11.

²⁵⁸Caso de la India en la *Operación Inundación* como se describe en FOWLER, P., *op.cit.*, nota 257, pp. 2 y 19.

²⁵⁹HENSON, S. y CRANFIELD, J., *Planteamiento de un caso político para las agroindustrias y agronegocios en los países en desarrollo*, Agroindustrias para el Desarrollo, capítulo II, FAO, Roma, 2013, pp.42-43.

tienen mayor protección arancelaria llegando a alcanzar un 80 por ciento frente al 62 por ciento del resto de productos agrícolas²⁶⁰.

Para Oxfam Internacional, nuestro sistema europeo de protección al sector lechero devasta la subsistencia de Kenia, la República Dominicana y Jamaica (entre otros) porque, a pesar de ser productores de leche, acaban importando los productos lácteos subvencionados de la UE que resultan más baratos en su mercado que los suyos propios²⁶¹. Cualquier ayuda a la producción o a la exportación de los productos agrarios provoca distorsiones en los mercados mundiales. En estos momentos, los precios mundiales de los lácteos son bajos, en concreto cuando se habla de la leche en polvo porque es un producto deshidratado que es fácil de almacenar y transportar. Esto está provocando efectos negativos en países en desarrollo, productores de leche, que tienen que competir en sus mercados locales con la leche deshidratada de importación. Es el caso de Bangladesh, Jamaica, India, Perú, Senegal, Tanzania y Tailandia²⁶².

Desde 1990, las exportaciones desde países que reciben subvenciones se han disparado hacia aquellos países que no tienen subvención. Los países desarrollados representan el 62 por ciento de las importaciones mundiales de leche y el 93 por ciento de las exportaciones²⁶³. En los países desarrollados, la producción está disminuyendo pero está aumentando su productividad (menos vacas, más litros de leche), mientras que en los países en desarrollo la producción está aumentando porque crece el número de vacas²⁶⁴.

Los expertos aseguran que la demanda de lácteos crecerá por encima de la capacidad de respuesta de la oferta para abastecerla²⁶⁵. La demanda provendrá de países en desarrollo, cuya población está aumentando, el poder adquisitivo está creciendo y los hábitos se están occidentalizando. Está surgiendo una clase media

²⁶⁰KNIPS, V., “Los países en desarrollo y el sector lechero mundial, Parte I: Panorama mundial”, Departamento de Desarrollo Económico, FAO, Roma, 2005, p.3, <http://www.fao.org/ag/pplpi.html>, visitada el 15.08.2015.

²⁶¹FOWLER, P., *op. cit.*, nota 257, p. 2.

²⁶²*Ibidem*, pp. 19-20.

²⁶³FOWLER, P., *op. cit.*, nota 257, p. 3.

²⁶⁴*Ibidem*, pp. 5-6.

²⁶⁵DAIRY AUSTRALIA & GARDINER FOUNDATION, *Horizon 2020, Future Scenarios for the Australian Dairy Industry*, Highlights from the report of the Working Group, Melbourne, 2012, pp. 1-14; PARLAMENTO EUROPEO, Propuesta sobre las perspectivas para el sector lácteo en la UE, revisión de la aplicación del Paquete lácteo, ponente NICHOLSON, J., Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural, Bruselas, 12 junio 2015, pp. 2-26.

acomodada en el sureste asiático, en América Latina y en Europa Central y oriental²⁶⁶. En los países desarrollados, el aumento del consumo vendrá de la mano de aquellos productos con alto valor añadido como son los complementos para deportistas, los medicinales y los nutrientes para lactantes porque el consumo per cápita anual de leche líquida es ya muy alto.

En el mercado lácteo mundial, el rasgo característico es la concentración en la exportación²⁶⁷. Los exportadores de los productos lácteos son pocos y de gran tamaño. Los países con los mayores excedentes de leche son Nueva Zelanda, Estados Unidos, Australia y la UE. Dentro de los países europeos, destacan Alemania, Francia e Irlanda. Todos estos países son los principales exportadores de lácteos²⁶⁸. Todos ellos tienen grandes pastos. No se puede decir lo mismo de los importadores en los que existe más diversidad. Es el caso de África y Oriente Medio que están aumentando mucho el consumo de los productos lácteos y todos ellos son países en los que las condiciones climatológicas son adversas a la producción de leche y sus derivados²⁶⁹. Las mayores demandas internacionales de leche provienen de China, Rusia, India, África y Oriente Medio²⁷⁰. Asia es la región más importante, con el 41 por ciento del consumo mundial de leche²⁷¹. En Rusia se ven obligados a importar la leche desde Bielorrusia y Ucrania que son grandes productores²⁷².

No hay que perder de vista que algunos países productores de leche, van a necesitar más cantidades para abastecer a sus mercados (India, Brasil, Indonesia y Argelia) y que existen países que no son productores y están aumentando el consumo de productos lácteos como es el caso de Colombia²⁷³, Arabia Saudí, Malasia, Vietnam,

²⁶⁶KNIPS, V., *op. cit.*, nota 260, p. 2.

²⁶⁷CAPPELLINI, O. y LINARI, J.J., *op. cit.*, nota 252, p. 61.

²⁶⁸FAO, Food Outlook, Biannual Report on Global Food Markets, Trade and Market Division, Roma, 2014, http://www.fao.org/agriculture/dairy-gateway/produccion-lechera/es/#.VkC_H7cvfIU, visitada el 6.11.2015.

²⁶⁹Son países áridos donde escasean los pastos y el agua lo que dificulta el desarrollo de la agricultura y la ganadería.

²⁷⁰CAPPELLINI, O. y LINARI, J.J., *op.cit.*, nota 252, pp. 61-74.

²⁷¹*Ibidem*, p. 60.

²⁷²CAPPELLINI, O. y LINARI, J.J., *op.cit.*, nota 252, p. 70.

²⁷³PORTAL LECHERO, “La importación de lácteos en Colombia crece un 109 por ciento”, *Revista digital*, www.portalechero.com, visitada el 17/09/2015.

Tailandia, Filipinas, Singapur, Japón y Emiratos Árabes en Asia. Y Egipto y Ghana dentro del continente africano²⁷⁴.

Estos últimos 30 años, coincidiendo con el sistema de cuotas lácteas en Europa, la producción lechera mundial ha aumentado más de un 50 por ciento, pasando de 482 millones de toneladas a 754 millones de toneladas²⁷⁵. El CESE considera que, en estos últimos diez años, la producción de leche ha aumentado un 22 por ciento y se han visto beneficiados nuestros principales competidores, Nueva Zelanda y EEUU, que tienen una gran vocación exportadora. Ellos han aumentado su producción mientras la producción europea ha estado contenida. India se ha convertido en el mayor productor mundial de leche representando el 16 por ciento de la producción total, aún así es deficitario²⁷⁶. Mientras tanto, en Europa, por tener una política proteccionista como es la PAC, se ha frenado la producción de lácteos. El sistema de cuotas tampoco protegió a los ganaderos europeos frente a la caída de los precios que se produjo entre 2007 y 2009²⁷⁷.

Todos los países miembros de la UE son productores de leche y la producción de leche está aumentando. La leche es el primer producto agrícola de la UE y representa el 15 por ciento de la producción agrícola total con 148 millones de toneladas de leche entregada en 2014²⁷⁸. Trabajan en el sector 650.000 ganaderos con un total de 18 millones de vacas lecheras y una fuerza de trabajo de 1,2 millones de personas²⁷⁹. La crisis de 2009 demostró que la liberalización del mercado lácteo mundial vino acompañada de mayor inestabilidad y volatilidad en los precios. Esto es exactamente lo que está ocurriendo hoy.

Las cuotas lácteas se implantaron dentro de un sistema garantista en una etapa, finales de los 70 y comienzos de los 80, en que había un exceso de producción y, de esta manera, se aseguraban unos precios altos por cada litro de leche producido para

²⁷⁴FAO, *Actualizaciones de mercado y precios de leche y productos lácteos*, 2014, <http://www.fao.org>, visitada el 6.11.2015; CASASNOVAS OLIVA, V.L., *op.cit.*, nota 114, p.110.

²⁷⁵FAO, *Tendencias y perspectivas del mercado mundial*, Capítulo 5, productos lácteos, 2014, <http://www.fao.org>, visitada el 2.11.2015.

²⁷⁶FAO, 2015, <http://www.fao.org/agriculture/dairy-gateway/produccion-lechera/es/#.Vff19xHtmko>, visitada el 5.11.2015.

²⁷⁷Dictamen del CESE 2015/C 242/04, p.28.

²⁷⁸PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre el futuro del sector lácteo en la Unión Europea tras el final de las cuotas, ponente TROPEA, F., Sección de Investigación, Bruselas, 2015, p.2.

²⁷⁹*Ibidem*, p.2.

preservar la supervivencia del modelo agrícola-ganadero en Europa. En esta época, la Comisión Europea aprobó diversas intervenciones públicas y obligó a comprar grandes cantidades de mantequilla y leche en polvo que llegaron a representar un excedente de un millón de toneladas²⁸⁰. Por eso se acuñó la expresión de *los lagos de leche y las montañas de mantequilla* que inundaban Europa²⁸¹.

En este contexto, es necesario establecer controles a la producción de determinados rendimientos agrarios. Primero, se aprobaron las cuotas al azúcar²⁸² y este mismo esquema de cupos se trasladó al sector lácteo, aprobándose las cuotas lecheras en 1984²⁸³.

El régimen de cuotas se introduce, por primera vez, a través del Reglamento nº 856/84 del Consejo, de 31 de marzo de 1984, por el que se modifica el Reglamento nº 804/68 en el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y los productos lácteos²⁸⁴. El régimen de cuotas lecheras se estructura en torno a dos elementos. Por un lado, se determina una cantidad de leche de referencia para cada uno de los Estados miembros²⁸⁵ y por otro lado, se establece una tasa suplementaria que el Estado deberá abonar en el caso de que su producción de leche sobrepase la cantidad asignada²⁸⁶.

El sistema de las cuotas lácteas regula la producción de leche por país dentro de la UE y pone un límite a cada ganadero o explotación para que no rebasen las cuotas que se asignan a cada Estado miembro²⁸⁷. La asignación de las cuotas es un sistema complejo que tiene en cuenta la producción de un año *base* para asignar las cuotas por país que se dividen entre la producción que se destina a la industria y

²⁸⁰TROPEA, F., *op.cit.*, nota 278, pp. 1-10.

²⁸¹ULIED, A., “La Reforma de la Política Agrícola de la Unión Europea: el chequeo médico de la PAC”, *Informe Económico ESADE* nº 8, 2008, pp. 112-131, en especial p. 114.

²⁸²El Reglamento nº 318/2006 del Consejo, de 20 de febrero de 2006, DOUE 25.10.2006, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar.

²⁸³Mediante la publicación del Reglamento nº 856/84 del Consejo, de 31 de marzo de 1984, DOCE 1.4.84.

²⁸⁴Publicado en el DOUE 1.04.1984.

²⁸⁵La cantidad de referencia para cada uno de los Estados miembros se encuentra establecida en el Reglamento nº 1234/2007, de 22 de octubre, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas, DOUE 16.11.2007.

²⁸⁶CASADO PÉREZ, V., GINES I FABRELLAS, A., GÓMEZ GONZÁLEZ, P. y SAIZ JIMÉNEZ, A., P., “Cuotas y tasa suplementaria en el sector lácteo en Cataluña”, *Indret* 1/2009, Barcelona, 2009, pp. 1-35, en especial p. 7.

²⁸⁷COAG, *op.cit.*, pp. 1-15.

aquella que se destina a la venta directa²⁸⁸. Luego, cada país tiene cierta discrecionalidad para asignar una pequeña producción como considere internamente.

Tras la aprobación de este sistema, hay países (es el caso de España) que tienen una gran capacidad de producción y un consumo doméstico de 9 millones de toneladas de leche al año y, sin embargo, solo puede producir 6,5 millones de toneladas de leche al año²⁸⁹. En España, la situación es deficitaria y la respuesta es la importación de leche. Por el contrario, a Francia se le asignan unas cuotas superiores a su consumo doméstico. Francia tiene cuotas de leche que le permiten producir un 60 por ciento más de lo que consume internamente y esto *obliga* a que Francia deba exportar su leche²⁹⁰. Desde mi punto de vista, este es uno de los problemas del sistema de reparto de las cuotas, que no tiene en cuenta el consumo nacional y otorga cuotas de producción sin valorar este índice, lo que lleva a desequilibrios nacionales desde el comienzo.

En la Agenda 2000, las principales medidas que se adoptaron estuvieron relacionadas con los precios de intervención de la mantequilla y de la leche desnatada que se redujeron un 15 por ciento²⁹¹. En la Reforma Fischer, en 2003, se estableció que, durante once períodos anuales consecutivos, los Estados miembros percibirían de los agricultores una tasa sobre las cantidades de leche de vaca que se hubieran comercializado durante los últimos 12 meses y que excedieran de las cantidades máximas de referencia asignadas a cada Estado miembro²⁹². Se instauró la *supertasa*.

Las medidas iban encaminadas a fomentar el consumo interior. Fue en esta revisión intermedia de la PAC cuando los Estados miembros de la UE acordaron poner fin al régimen de cuotas a partir del 31 de marzo de 2015²⁹³. La Comunidad

²⁸⁸REDONDO CARDEÑA, P., *¿En qué consisten las cuotas lácteas?*, INEA, Valladolid, 2001, http://lan.inea.org:8010/web/zootecnia/Rumiantes/cuotas_lacteas.htm, visitada el 20.09.2015.

²⁸⁹MAGRAMA, *Evolución de las políticas en el sector y perspectivas en España*, Producción y mercados ganaderos, Madrid, 2015, <http://www.magrama.gob.es/es/ganaderia/temas>, visitada el 15.10.2015; VETERINARIOS SIN FRONTERAS- JUSTICIA ALIMENTARIA GLOBAL, *Estudio sobre las causas y los efectos sociales y ambientales de la desaparición de las explotaciones familiares de vacuno de leche*, Casos de las provincias de Cádiz y Málaga en España y la provincia de Azua en la República Dominicana, 2014, p. 24, <https://vsf.org.es>, visitada el 5.11.2015.

²⁹⁰AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, *Los precios del sector lácteo en Cataluña, ¿Existen riesgos para la competencia?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2013, pp. 12-32.

²⁹¹*Ibidem*, p.2.

²⁹²Reglamento n° 1788/2003 del Consejo, de 29 septiembre de 2003, por el que se establece una tasa en el sector de la leche y de los productos lácteos, DOUE 21.10.2003.

²⁹³Dictamen del CESE 2015/C 242/04, *op.cit.*, p. 27.

financió pagos directos por año y por explotación y concedió cierta discrecionalidad a los Estados a partir de la campaña de 2005.

La volatilidad en los precios de la leche es un fenómeno nuevo para todos los productores europeos de leche y se produce coincidiendo con la reforma de la PAC de 2008. En el chequeo médico de la PAC, se decidió que las cuotas podrían aumentar un 1 por ciento²⁹⁴ cada año, durante cinco años, de 2009 a 2013²⁹⁵, con objeto de adaptar las explotaciones ganaderas a la liberalización del mercado lácteo. Se permitió, de manera muy controlada y moderada, aumentar la producción de leche en Europa.

No obstante, los precios de los lácteos comenzaron una bajada imparable consecuencia de la crisis mundial²⁹⁶. Ello provocó una caída, aún mayor, en las compras de los piensos para los animales porque disminuyó su demanda al peligrar la subsistencia de las explotaciones ganaderas. El sector lácteo resultó muy castigado. La respuesta de la UE al grave desplome en la demanda y los precios de la leche y los productos lácteos relacionada con la crisis financiera de 2008-2009 supuso una oportunidad para aprender. La actuación de la Comisión fue tardía y se materializó en compras de intervención de mantequilla y leche desnatada en polvo durante seis meses²⁹⁷.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, las materias agrícolas pasaron a ser una competencia compartida entre la Comisión y los Estados miembros²⁹⁸ que asumieron, de esta manera, más funciones. En los inicios de la PAC, las cuestiones agrícolas eran de competencia exclusiva de la Comisión. A partir de ahora, los Estados miembros, a través del segundo pilar de la PAC, el desarrollo rural,

²⁹⁴CEJUDO GARCÍA, E. y MAROTO MARTOS, J.C., “La reforma de la PAC 2003: desacoplamiento, condicionalidad, modulación, desarrollo rural”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. XIV, nº 318, Barcelona, 2010; ULIED, A., *op.cit.*, nota 281, p.118.

²⁹⁵DE ANTONIO, F., *Sistema de gestión de cuotas lácteas, última campaña 2014-2015*, Cooperativas Agroalimentarias de España, Madrid, 2015, pp. 44-46, <http://www.agroalimentarias.coop/ficheros/doc/04377.pdf>, visitada el 15.10.2015.

²⁹⁶Hace referencia a las hipotecas *subprime* y el origen del conflicto en Estados Unidos que luego se extendió a Europa; STEINBERG, F., “La crisis financiera mundial: causas y respuesta política”, *Real Instituto Elcano*, nº 126, 2008, p.1.

²⁹⁷Conclusión 2.6.1º del Dictamen del CESE 2015/C 242/04, *op.cit.*, p.26.

²⁹⁸Artículo 3 del TCE regula las competencias exclusivas de la Comisión en agricultura y pesca y el artículo 4 TFUE regula la agricultura como competencia compartida con los Estados miembros. MANGAS MARTÍN, A., *La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado autonómico, Pamplona, 2008, pp.6-11; PARLAMENTO EUROPEO, Ficha sobre la Política Agrícola Común y el Tratado, MASSOT MARTÍ, A., Bruselas, 2015, p. 4, <http://www.europarl.europa.eu>, visitada el 10.11.2015.

tendrán discrecionalidad para asignar partidas presupuestarias a aquellas actuaciones que consideren prioritarias²⁹⁹.

Después de la crisis de 2009, los precios de la leche bajaron de 0,30 €/el litro. Este hecho fue el detonante para que se elaborara el *Paquete Leche* publicado en 2012 e integrado en el Reglamento nº 1308/2013³⁰⁰.

Se autorizó a los Estados miembros a que obligaran a hacer uso de los contratos por escrito³⁰¹ siempre que se respetara el Derecho de la Unión para proteger al ganadero como parte más débil en la cadena alimentaria. Hasta el momento, solo 12 Estados miembros (de los 28)³⁰², entre los que se encuentra España, han decidido obligar a la firma de contratos entre los ganaderos y la industria. En otros dos países miembros, Bélgica y Reino Unido, no existe esta obligatoriedad pero si se han creado sendos códigos de buenas prácticas³⁰³.

Otra de las medidas que se aprobó fue el reconocimiento de las OP por los Estados miembros³⁰⁴. Se les destinó una partida especial del presupuesto de la PAC. El fin último era promover las agrupaciones de ganaderos. Se creó el Observatorio del Mercado de la leche (Milk Market Observatory, MMO) que depende de la Dirección de Agricultura de la Comisión Europea. Con el Observatorio, se quiere dar transparencia y publicidad a las fluctuaciones y tendencias del mercado, los precios, las importaciones y las exportaciones, las ayudas al sector y todo aquello que esté relacionado con el mercado de productos lácteos³⁰⁵.

²⁹⁹PARLAMENTO EUROPEO, Fichas Técnicas, La PAC, <http://www.europarl.europa.eu>, visitada el 15.10.2015.

³⁰⁰Artículos 148 y siguientes del Reglamento nº 1308/2013.

³⁰¹Fundamento 127 y 138 del Reglamento nº 1308/2013: “A falta de normativa de la Unión sobre la formalización de contratos por escrito, los Estados miembros pueden decidir hacer obligatorio el uso de tales contratos dentro de sus propios regímenes nacionales de Derecho contractual, a condición de que al hacerlo se respete el derecho de la Unión y, en particular, el correcto funcionamiento del mercado interior y de la organización común de mercados”.

³⁰²Letonia, Francia, Italia, España, Lituania, Hungría, Eslovaquia, Croacia, Chipre, Portugal, Bulgaria, Rumanía.

³⁰³TROPEA, F., *op.cit.*, nota 278, p. 6.

³⁰⁴Fundamentos 131 a 136 y artículo 163 del Reglamento nº 1308/2013, 17 diciembre de 2013, del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se creó la organización común de mercados para productores agrícolas, DOUE 20.12.2013.

³⁰⁵NICHOLSON, J., *op.cit.*, nota 265, pp.12-13.

En el Reglamento nº 1308/2013 se prevé una red de seguridad consistente en la intervención pública o el almacenamiento privado³⁰⁶ para la leche y los productos lácteos cuando sobrevengan crisis de mercado como las ocurridas a finales de la década de los 70 y principios de los 80.

Con la última reforma de la PAC 2014-2020, el sector lácteo quedó temporalmente protegido a través de las compras de intervención para la mantequilla y la leche en polvo desnatada, la ayuda para el almacenamiento privado de la mantequilla, de la leche en polvo y del queso acompañada de un marco regulatorio de la Comisión para reaccionar ante circunstancias excepcionales³⁰⁷.

Las cuotas lácteas finalizaron el 31 marzo de 2015. Tras esa fecha, los precios del litro de leche se desplomaron en todos los países europeos y llegaron a alcanzar los 0,18€/litro³⁰⁸. Estos precios estaban por debajo de los precios de intervención (0,20 €/litro) que se aprobaron en 1980 y que están completamente obsoletos³⁰⁹.

Se reclama a la Comisión Europea que revise los precios de intervención para que se ajusten a la realidad. Otra de las medidas que se propone a la Comisión es que utilice los 900 millones de euros³¹⁰ que la Comisión ha recaudado durante estos 30 años de vigencia de las cuotas por aplicar la *supertasa* a los ganaderos para que, ahora, los revierta sobre el sector aunque parece que esta partida presupuestaria ya está comprometida.

En España, a través del Real Decreto 2466/1986, de 28 de noviembre³¹¹, se estableció en España la organización común de mercados (OCM) en el sector de la leche y productos lácteos y quedaron implantadas las cuotas lácteas. Al aceptar las

³⁰⁶Artículos 11 a 18 del Reglamento nº 1308/2013, 17 diciembre de 2013, del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se creó la organización común de mercados para productores agrícolas, DOUE 20.12.2013.

³⁰⁷*Ibidem*, p.7.

³⁰⁸Revista AGRONEWS CASTILLA Y LEÓN digital, <http://www.agronewscastillayleon.com>, visitada el 11.05.2015.

³⁰⁹En 2009, el coste de producir leche en Irlanda era de 0,19 €/ litro en tanto que en 2014 el coste ascendió a 25,6 €/ litro. La red de seguridad que representan los actuales niveles de precio de compra de intervención de la leche descremada en polvo (LDP) y la mantequilla equivale a un precio de producción de alrededor de 0,20 €/litro, por lo que ha perdido toda relación con el coste de producción de los agricultores. Conclusión 2.6.3º del Dictamen del CESE (2015/C 242/04), *op.cit.*, p.26.

³¹⁰EXPANSIÓN, *España plantea a Bruselas un plan de choque de más de 900 millones para la crisis láctea*, <http://www.expansion.com/economia>, visitada el 4.09.2015.

³¹¹Publicado en el BOE 10.12.1992. A través del mismo se establece el procedimiento para determinar las cantidades de referencia de la leche.

cuotas lácteas o cupos de producción de leche por país, España aceptaba producir una cantidad de leche que era inferior al consumo interno del propio país³¹².

El sistema de cuotas lácteas en España no entró en funcionamiento hasta el año 1993/1994³¹³. Al concedérsele a España las cuotas lácteas relativas al 70 por ciento de su producción real, esto explica que España rebasara durante seis años seguidos el tope o límite impuesto porque fue difícil, por no decir imposible, dejar de producir de un año para otro un 30 por ciento de lo que se generaba en el país. Como consecuencia de este recorte en su producción, los primeros años en los que se aplicaron las cuotas lácteas en España, los ganaderos rebasaron sus cuotas.

A esta situación, que ya previeron los países que más leche producían en toda Europa, se une que los ganaderos españoles debían afrontar el pago de la *supertasa* por excederse, durante seis años, en la producción de la leche que tenían asignada anualmente³¹⁴. Cuando un país se excede en su cuota nacional se aplica una sanción económica que deben pagar íntegramente los ganaderos: la denominada supertasa o tasa suplementaria³¹⁵.

Los ganaderos españoles invirtieron, durante los años 1994 a 2013, 10.600 millones de euros³¹⁶ en mejorar sus explotaciones agrarias con objeto de ser más eficientes, más productivos y más competitivos y han demostrado que sus rendimientos son altos. Sin embargo, la realidad que atraviesan es que tienen que vender vacas lecheras de su ganadería para poder hacer frente a los gastos que les genera mantener su explotación ganadera en funcionamiento³¹⁷. Les resulta más

³¹²Actualmente España consume 9 millones de toneladas de leche y las cuotas lácteas le restringieron la producción doméstica a 6.5 millones de toneladas. Se vieron obligados a reducir su producción porque las explotaciones ganaderas españolas hubieran podido satisfacer esa demanda interna de 9 millones de toneladas anuales. MAGRAMA, *Evolución de las políticas en el sector...*, *op.cit.*, pp.5-10; MERCASA, *Alimentación en España, Leche y productos lácteos*, Madrid, 2014, p.164, <http://www.mercasa-ediciones.es>, visitada el 12.11.2015; AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, *Los precios del sector lácteo en Cataluña, ¿Existen riesgos para la competencia?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2013, pp. 1-33.

³¹³REDONDO CARDEÑA, P., *op.cit.*, nota 288, p. 1.

³¹⁴REGLAMENTO n° 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, DOUE 21.10.2013; REDONDO CARDEÑA, P., *op.cit.*, nota 288, p.1.

³¹⁵CASADO PÉREZ, V., et al., *op. cit.*, nota 286, pp. 5-7.

³¹⁶COMISIÓN EUROPEA, DG Agricultura, Preguntas y respuestas sobre el final de las cuotas lácteas, Bruselas, 2015, p.3, <http://www.pac2020.com>, visitada el 26.03.2015.

³¹⁷PRIETO, R, “La crisis del lácteo fuerza a los ganaderos a vender vacas y reducir la producción”, *Diario Faro de Vigo*, Vigo, 2015, www.farodevigo.es, visitada el 4.09.2015.

rentable vender la vaca para obtener de ella carne que mantener la vaca como vaca lechera. La mayoría de estos pequeños ganaderos están vendiendo sus litros de leche *a pérdida*. Les cuesta producir un litro de leche 0,34-0,36 céntimos por litro y cobran por litro de leche 0,28 céntimos por litro³¹⁸. Las cuentas no salen.

El Paquete Lácteo se aprobó, para dar respuesta a la crisis de precios que vivía el sector en 2009, mediante el Real Decreto 1363/2012 y fue modificado por el Real Decreto 125/2015, de 27 de febrero³¹⁹. A través del mismo se quiso mantener la producción de leche en las zonas de montaña así como fortalecer el poder de negociación de los productores e impulsar las OP. Dentro de las medidas que aprobó el gobierno español, está la obligatoriedad de firmar contratos anuales con los ganaderos salvo que se pacte entre las partes un plazo inferior al año³²⁰.

En marzo de 2015 entró en vigor en España el Reglamento 2015/517, de 26 marzo de 2015³²¹, que permite aplazar el pago de la supertasa durante tres años sin pagar intereses³²². No suprime el pago, solo lo aplaza. Con la supertasa, cada litro de más que haya entregado el ganadero deberá pagarlo a 0,27 €/litro. La industria es la encargada de cobrar la multa o retener el dinero al ganadero, consecuencia de la supertasa³²³ e ingresarlo al Fondo Europeo de Garantía Agraria (FEGA) y éste a Europa.

España tiene que importar leche de Francia que es excedentario y nos vende la leche por debajo de los costes de producción a través de sus cadenas de distribución

³¹⁸Diario FARO DE VIGO, <http://www.farodevigo.es/galicia>, visitada el 31.03.2015.

³¹⁹Publicado en el BOE 28 de febrero de 2015.

³²⁰Fundamentos 127 y 138 del Reglamento nº 1308/2013: “*A falta de normativa de la Unión sobre la formalización de contratos por escrito, los Estados miembros pueden decidir hacer obligatorio el uso de tales contratos dentro de sus propios regímenes nacionales de Derecho contractual, a condición de que al hacerlo se respete el derecho de la Unión y, en particular, el correcto funcionamiento del mercado interior y de la organización común de mercados*”; Artículo 10.1º del Real Decreto 1363/2012, de 28 de septiembre. Última modificación, versión consolidada el 28 febrero 2015, p. 6.

³²¹Este Reglamento modifica el Reglamento nº 595/2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento nº 1788/2003 del Consejo por el que se establece una tasa en el sector de la leche y de los productos lácteos. Publicado en el DOUE 27.03. 2015.

³²²Medida que han solicitado 138 explotaciones ganaderas españolas al resultar sancionadas con una multa por rebasar la cuota en 40.000 toneladas de leche/total país, 12 junio 2015. Artículo 1.1º párrafo 2 del Reglamento de Ejecución 2015/517 de 26 marzo de 2015.

³²³Artículo 1.1º del Reglamento de Ejecución 2015/517 de 26 marzo de 2015: “*.....siendo los compradores responsables de recaudar la tasa por excedentes sobre las entregas adeudada por los productores con arreglo al artículo 79 del Reglamento (CE) no 1234/2007, de conformidad con el artículo 81, apartado 1, de dicho Reglamento*”.

francesas y con marca blanca³²⁴. Estas dos conductas están prohibidas por las leyes de competencia³²⁵. Este hecho es mucho más acusado en las CCAA que están más cerca de Francia, como ocurre con Cataluña. La diferencia de precios de la leche en los lineales de los supermercados difiere mucho según sean supermercados franceses o catalanes, a pesar de encontrarse a escasos 10 kilómetros de distancia³²⁶.

A pesar de que las normas de protección de la libre competencia prohíben la celebración de acuerdos para establecer los precios de los productos³²⁷, los ganaderos franceses han pactado con su gobierno un precio mínimo de 0,34€/litro leche³²⁸, conducta que ya ha sido denunciada por la ACC ante la CNMC en España y ésta lo ha remitido a la Comisión Europea. Este precio mínimo garantizado representa un acto de competencia desleal frente a los ganaderos que compiten con la producción láctea francesa, es decir, todos. Además, se podría llegar a hablar de una ayuda ilegal de Estado como disponen los artículos 107 a 109 del TFUE.

Otra realidad que atraviesa España es que los ganaderos catalanes y vascos, frente a los asturianos, gallegos y castellanos, están sobrellevando mucho mejor el final de las cuotas lácteas³²⁹. El número de cooperativas en estas dos regiones es superior a la media y este asociacionismo les está permitiendo negociar mejor sus precios y sus condiciones. Una debilidad que están acusando el resto de ganaderías en España.

Por último, el 23 septiembre de 2015 se firmó el Acuerdo para la Estabilidad y Sostenibilidad de la Cadena de valor del Sector Lácteo en España³³⁰; acuerdo que fue firmado entre los ganaderos, la industria transformadora y la distribución con objeto de tomar medidas para conceder valor a la leche y sus derivados. No obstante, se echan en falta medidas sancionadoras para aquellos que incumplan lo acordado. Se empiezan a ver ya algunos frutos del acuerdo, materializados en la subida del precio

³²⁴ACC, *op.cit.*, nota 312, pp. 5-22.

³²⁵GÓMEZ MARTÍNEZ, L. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op.cit.*, pp. 1-11.

³²⁶ACC, *op.cit.*, nota 312, pp. 5-22.

³²⁷Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007 de 3 julio, de Defensa de la Competencia, BOE 4.07.2007.

³²⁸EL CONFIDENCIAL Digital, “Guerra de supermercados España-Francia por el precio de la leche”, <http://www.elconfidencialdigital.com>, visitada el 23.09.2015.

³²⁹ACC, *op.cit.*, nota 312, pp. 15-22.

³³⁰Resumen del paquete de medidas adoptadas, <http://www.afca.es/documentos/acuerdo230915.pdf>, visitada el 15.11.2015.

que recibe el ganadero por su leche³³¹. Y hay quien discute si esta medida no es una manera de organizar los mercados pero desde el lado de la producción lo que podría atender también contra la libre competencia.

A fecha de 5 de enero de 2017, el Observatorio de la leche señala que el precio medio del litro de vaca cruda en la UE es de 0,32€/litro³³², muy superior a lo que se pagaba tras la extinción de las cuotas lácteas pero inferior a lo que cuesta producir un litro de leche que ronda los 0,34-0,36€/litro. Estos últimos meses se ha producido un incremento en el precio del litro de leche que seguro va a desahogar a los ganaderos. En mi opinión, esta subida es consecuencia lógica de la liberalización del mercado lácteo y del cierre de explotaciones que se ha producido desde el 1 abril de 2015 hasta ahora. Se han cerrado explotaciones ganaderas y por eso ha disminuido la producción de leche. Esta situación está permitiendo que se estabilice el mercado y que puedan subsistir aquellos ganaderos que no han sucumbido a la debacle.

¿Fue el sistema de las cuotas lácteas la medida más acertada para frenar los excedentes lácteos de la CEE en 1984? ¿Fue necesario poner a las cuotas parches y remiendos durante 30 años? Analizando la situación con perspectiva, se comprende la premura en adoptar una decisión urgente porque Europa estaba inundada de productos lácteos³³³, pero por qué prorrogar tanto tiempo esta sangría económica para las arcas comunitarias, por qué seguir frenando una producción que podía tener salida en nuevos mercados internacionales, por qué hacer a los ganaderos dependientes de unas ayudas que son *pan para hoy y hambre para mañana*.

En mi opinión, instaurar el sistema de las cuotas lácteas fue un acierto para los ganaderos europeos porque era necesario dar respuesta al conflicto excedentario que existía, pero prorrogarlo durante 30 años fue un desacierto absoluto. Era una situación que requería reflexión, serenidad y medidas eficaces.

³³¹EL MUNDO, “Mercadona y Eroski pagarán más a los ganaderos sin que afecte a los consumidores”, Madrid, 2015, <http://www.elmundo.es/economia/2015/09/14/55f6ebc3e2704eed148b458c.html>, visitada el 20.11.2015.

³³²COMISIÓN EUROPEA, DG Agricultura, Observatorio del mercado de la leche en la UE, https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/market-observatory/milk/pdf/eu-raw-milk-prices_en.pdf, visitada el 4.02.2017.

³³³De ahí la expresión de *lagos de leche y montañas de mantequilla* que se acuñó para describir los excedentes lácteos de finales de los años 70 y comienzos de los años 80 en la CEE; ULIED, A., *op.cit.*, nota 281, p.114.

4.3.2 El cártel de la leche

El origen del cártel de la leche proviene de una denuncia *anónima* que realizó la Sociedad Agraria de Transformación (SAT) San Antón de ganaderos localizada en Peralta, Navarra. Paralelamente, la CNMC recibió varios informes autonómicos de los organismos de defensa de la competencia en Cataluña, Galicia y Castilla-León así como denuncias de sindicatos agrarios que ponían de manifiesto los abusos que existían en el sector y las dificultades que encontraban los ganaderos para entregar la leche y cambiar de comprador cuando no se respetaban los acuerdos.

Fue así como la CNMC inició las investigaciones y comprobó que las empresas transformadoras de leche de vaca cruda se estaban repartiendo a los proveedores y con ellos, el mercado. Como medida de presión utilizaban la amenaza de no recoger a los ganaderos su leche que podía representar una pérdida de su cuota láctea según el sistema instaurado en la UE en aquel momento.

Para los ganaderos era complicado cambiar de comprador porque les tenía que dar la autorización el comprador anterior³³⁴. Ante esta situación, era fácil caer en el *chantaje comercial* porque si no aceptaban las condiciones impuestas por la industria, perdían su producción (porque no se la recogían) y, de esta manera, perdían las cuotas lácteas que, en el reparto, les habían asignado³³⁵. Para la industria transformadora era fácil fijar los precios del mercado porque eran los que ellos decidían o no era ninguno. De esta manera, los precios siempre eran desfavorables para los ganaderos que veían como todo su trabajo y su producción *se esfumaba* en la venta.

Fue entonces cuando los ganaderos sugirieron establecer precios mínimos para la venta del litro de leche pero se trataba de una práctica prohibida por las normas de defensa de la competencia porque perjudicaba a los consumidores y no estaba permitida ni era legal. Fijar un precio mínimo frenaba el comportamiento del mercado y eliminaba la competencia y esto actuaba en perjuicio del consumidor y afectaba al interés público. Por otro lado, establecer un precio mínimo o máximo al litro de leche

³³⁴ Artículo 5 e) del Reglamento nº 1788/2003 del Consejo, de 29 de septiembre y artículo 2 de Real Decreto 754/2005; CNMC, Resolución Expediente S/0425/12 Industrias Lácteas 2, 26 febrero 2015.

³³⁵ El sistema de las cuotas lácteas respeta la producción anual asignada a cada ganadero siempre que haga uso de la misma. Si el ganadero no produce los litros de leche que le han asignado o no le recogen la leche, pierde su cuota en la proporción que ha dejado de producir y/o entregar.

en el contrato no garantizaba nada porque la producción de leche variaba y sobre todo, fluctuaba por el precio de los piensos que alimentaban al ganado que, en las explotaciones ganaderas españolas, normalmente provenían de fuera del país.

El *cártel de la leche* estuvo constituido por dos empresas comercializadoras de leche de vaca cruda y por nueve empresas fabricantes de productos lácteos y fijaron precios y se organizaron los mercados, en diferente medida según cada caso, desde 2000 a 2013. Hay constancia del pacto de los precios por actas de reuniones e incluso a través de correos electrónicos que se intercambiaron las partes.

La resolución de la CNMC de 26 de enero de 2015, Expediente S/0425/12 Industrias Lácteas 2, multó por un importe total de 88,2 millones de euros a la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS LÁCTEAS DE GALICIA, GRUPO PASCUAL, CENTRAL LECHERA ASTURIANA, CENTRAL LECHERA DE GALICIA, CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, DANONE, GREMIO DE INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CATALUÑA, GRUPO LACTALIS, NESTLÉ, PULEVA y SENOBLE; resolución que se recurrió ante la AN y cuyo alcance hoy se desconoce. Habrá que esperar a la sentencia de la Audiencia Nacional y se prevé que también será recurrida ante el TS.

Mientras tanto, la SAT de ganaderos San Antón que denunció el cártel de la leche ante la CNMC está completamente arruinada y disuelta. Tras asegurarles que se iba a preservar su anonimato en la denuncia, se filtró su identidad y sufrieron un desplome absoluto de sus ventas porque las empresas comercializadoras y fabricantes de lácteos ya no les recogieron sus litros de leche nunca más. Ante la declaración de quiebra y concurso de acreedores, la última medida que adoptaron fue la reclamación de los daños y los perjuicios causados por la vía civil y piden una indemnización de 15 millones de euros a Puleva por la creación y el mantenimiento del cártel de la leche durante tantos años. Habrá que esperar a conocer la sentencia sobre los daños mientras se transpone la Directiva 2014/104/UE en España. Lo que parece claro es que el proceso será largo y se recurrirá por lo que el pulmón financiero de los ganaderos seguramente les impida llegar hasta el final. Quiero creer en la justicia pero parece que a los pequeños siempre se les sacrifica en aras de bienes económicos de interés superior, me pregunto cuáles son.

Muchos ganaderos han tenido que cerrar sus explotaciones ganaderas en 2016 mientras que otros pelean, innovan y diversifican para subsistir. Es el caso de varias iniciativas que están surgiendo a nivel regional como la Plataforma de Competitividad Productiva del sector de vacuno en Castilla y León³³⁶ que se creó el 16 noviembre de 2015 y el Plan Estratégico de Fortalecimiento del sector lácteo en Galicia³³⁷ que se aprobó el 23 de noviembre de 2015. Interesante también resulta la iniciativa que tuvieron los ganaderos de Zamora (GAZA) que firmaron un contrato de aprovisionamiento de leche con el ejército para atender sus misiones humanitarias en el extranjero³³⁸.

Se aprecia una mejoría en los precios del litro de leche³³⁹ que, sin llegar a cubrir los gastos de producción, se aproxima mucho a ellos. Parece que son las fuerzas del mercado las que dirigen ahora esos precios después de estos meses de crisis, cierre de explotaciones ganaderas y abusos por parte de los transformadores y la gran distribución.

4.4 Otras consideraciones respecto a los cárteles

Fuera del sector agroalimentario, el *cártel del pañal*³⁴⁰ se resolvió el pasado 26 mayo de 2016 con una multa de 128,8 millones de euros que fue impuesta a ocho empresas fabricantes de absorbentes de incontinencia urinaria para adultos en España. Como novedad, se sancionó por primera vez a cuatro directivos de las mismas que habían actuado favoreciendo las conductas anticompetitivas. Esta facultad de sancionar a los directivos aparece recogida en el artículo 63.2º de la LDC y está en vigor desde su aprobación en 2007. Parece ser que ahora, cuando el descubrimiento de los cárteles está adquiriendo relevancia, es cuando la CNMC quiere hacer una llamada de atención porque las personas físicas también pueden responder con su patrimonio por infracciones al derecho de la competencia.

³³⁶Representa a 37 firmas de la ganadería, empresas transformadoras y de la distribución y se compone de 31 medidas para hacer sostenibles las explotaciones ganaderas en la región. <http://www.agronewscastillayleon.com/acuerdo-de-constitucion-de-la-plataforma-de-competitividad-del-sector-del-vacuno-de-leche-en>, visitada el 17.11.2015

³³⁷AGRONEWS CYL, <http://www.agronewscastillayleon.com/galicia-impulsara-la-creacion-de-un-plan-estrategico-de-fortalecimiento-del-sector-lacteo>, visitada el 23.11.2015

³³⁸AGRONEWS CYL, <http://www.agronewscastillayleon.com/la-industria-zamorana-lactea-gaza-firma-un-acuerdo-con-las-fuerzas-armadas-para-suministrarles-leche>, visitada el 17.11.2015.

³³⁹COMISIÓN EUROPEA, DG Agricultura, Observatorio del mercado de la leche en la UE, <https://ec.europa.eu/agriculture>, visitada el 4.02.2017.

³⁴⁰CNMC, Expediente S/DC/0504/14 AIO de 26 mayo de 2016.

Este régimen sancionador de multas a los directivos de las empresas constituye una medida bastante común en otros países pero apenas se ha utilizado hasta ahora en España³⁴¹. La posibilidad de que los directivos sean castigados de forma personal implica un salto cualitativo en la cruzada emprendida por la CNMC contra los cárteles.

Llama la atención observar cómo los cárteles se destapan siempre por la denuncia de una de las empresas que lo constituyó que, casualidad o no, suele tratarse de una de las empresas más grandes y que muchas veces fue la que lo impulsó y cuya multa, si tuviera que pagarla, sería una de las más elevadas. Es el caso de la exención que recibió Procter&Gamble por adherirse al programa de clemencia y ayudar a descubrir el cártel del pañal que le eximió del pago de 65 millones de euros.

A este respecto, es una lástima que en el cártel de la leche en España ninguna de las empresas implicadas buscara la exención de responsabilidad a través de la adhesión al programa de clemencia. Esa colaboración en la investigación hubiera facilitado muchas pruebas y aportado mucha claridad.

Por lo general, los cárteles actúan cada vez con mayor sofisticación. Actúan bajo acuerdos bilaterales y multilaterales y prevén las compensaciones que les corresponden a las empresas por la pérdida de clientes. Lo difícil sigue siendo destapar estas conductas que no dejan huellas porque se basan precisamente en su secretismo y falta de información y pruebas accesibles a terceros. Por todo ello es tan importante seguir contando con el apoyo de los Programas de clemencia³⁴².

Cuando ya se ha descubierto el cártel y existen incluso declaraciones de autoinculpación, es más fácil continuar por la vía civil reclamando los daños y perjuicios. A este respecto, resultan de sumo interés las consideraciones que realizan Calvo Caravaca y Suderow respecto a la interpretación de los artículos 16 del Reglamento 1/2003 y el artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE³⁴³. El artículo 9 de la

³⁴¹El único caso que se conoce fue la sanción que recibió el presidente de HUSA, Joan Gaspart, por unas declaraciones públicas que la CNC entendió como una incitación para una subida de precios en el mercado hotelero. Esta multa fue anulada en la Audiencia Nacional.

³⁴²ORTIZ BAQUERO, I.S., “La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de la libre competencia”, *La Ley*, 2011, pp. 179-185.

³⁴³CALVO CARAVACA, A.L. y SUDEROW, J., “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* vol. 7, nº 2, 2015, pp. 114-157, en especial pp. 129-135.

Directiva (obligación positiva) se muestra como un *clon imperfecto* del artículo 16 del Reglamento 1/2003 (obligación negativa) y ambos artículos concluyen que los jueces nacionales quedan vinculados por las resoluciones administrativas de las autoridades de competencia lo que entraña una complejidad enorme en el ordenamiento español en un momento en que está a punto de transponerse la Directiva 2014/104/UE de daños.

Todo hace presagiar que las reclamaciones de daños van a aumentar y serán cada vez más cuantiosas y dentro de poco se podrá sentar una jurisprudencia que marque el rumbo de los próximos años que se auguran litigiosos.

CAPÍTULO III. INFRACCIONES EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

I. LA APLICACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LA DIRECTIVA 2014/104/UE DE DAÑOS

1.1 La aplicación pública y privada del Derecho de la competencia

La incorporación de España a la UE en 1986 conllevó la aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia. La legislación de competencia, según el criterio de afectación, puede tener un ámbito comunitario o un ámbito nacional de aplicación. Y según la vía que se utilice, la libre competencia puede reclamarse por vía pública o privada. La aplicación pública del Derecho de la competencia permitirá utilizar los programas de clemencia para destapar los cárteles y la aplicación privada del Derecho de la competencia permitirá, a quien haya sufrido un daño o un perjuicio consecuencia de ese cártel, reclamarlo vía judicial. Ahora bien, ¿qué pasa con las empresas que se adhieren al programa de clemencia y obtienen la exención o una reducción de la multa por la vía pública pero que, consecuencia de las pruebas que facilitan, son demandadas por la vía civil por los daños y perjuicios que el cártel ha causado? ¿Cómo encajan la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia? ¿Debe prevalecer alguna de los dos?

Inicialmente se produjo una coexistencia de normas que podía plantear problemas relativos al ámbito de aplicación de los ordenamientos nacional y comunitario. Así, en lo referente a las conductas colusorias, se podía aplicar el artículo 101 del TFUE o el artículo 1 de la LDC, respecto a las conductas abusivas se podía aplicar el artículo 102 del TFUE o el artículo 2 de la LDC. El ámbito de aplicación de cada uno de los ordenamientos jurídicos se determinará en función del mercado que resulte afectado cuando se realice alguna práctica restrictiva de la competencia. El ámbito de aplicación de ambos órdenes normativos, comunitario y nacional, no es necesariamente excluyente sino que podría llegar a ser acumulativo.

Efectivamente, con anterioridad a la promulgación del Reglamento 1/2003, la jurisprudencia del TJUE reconoció la viabilidad y justificación de la aplicación de las normas internas de competencia junto a las normas comunitarias. En virtud de la teoría de la doble barrera que quedó consagrada por el TJCE en la sentencia de 13 de febrero de 1969, asunto *Walt Wilhelm*, caso 14/68 y en la sentencia de 10 de julio de 1980, asunto *Guerlain*, caso 253/78, se estableció que si la materia afectaba a ambos mercados conjuntamente, se aplicarán ambos derechos.

El asunto *Walt Wilhelm* señaló que los conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales deberán resolverse aplicando la primacía de la norma comunitaria. La aplicación del derecho nacional no puede menoscabar la aplicación plena y uniforme del derecho comunitario y los efectos de los actos de ejecución de éste. Si, por concurrir procedimientos paralelos, se llegara a una acumulación de sanciones, habrá que valorar cualquier decisión sancionadora anterior al determinar la sanción que en su caso se imponga. La aplicación de la normativa comunitaria no implica que deje de aplicarse la normativa interna de defensa de la competencia por la teoría de la doble barrera que establece que a un mismo acuerdo entre empresas se pueden aplicar la regulación comunitaria y acumulativamente la normativa interna de defensa de la competencia, permitiéndose casos incluso de doble sanción. El asunto *Guerlain*, por su parte, determinó que el Derecho comunitario no impedía la aplicación de las disposiciones nacionales aun cuando las normas invocadas hubieran sido objeto de archivo por parte de la Comisión.

El artículo 3 del Reglamento 1/2003 aborda actualmente la aplicación paralela de los artículos 101 y 102 del TFUE y de las normas nacionales de competencia. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 3.1º del Reglamento 1/2003, cuando la autoridad nacional aplique el Derecho nacional de la competencia a acuerdos, decisiones o prácticas en el sentido del artículo 101 y 102 del TFUE que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, deberá aplicar también a dichas conductas estas últimas disposiciones. Aunque lo realmente novedoso aparece en el artículo 3.2º del Reglamento 1/2003 que contiene por primera vez reglas dirigidas a garantizar que esa aplicación paralela no comprometa la primacía, uniformidad y coherencia de la aplicación del Derecho de la competencia de la UE. Estas reglas implican importantes limitaciones a la aplicación del Derecho nacional, al punto de relegar la autonomía

valorativa de la autoridad nacional en la aplicación de las normas internas sobre prácticas colusorias a supuestos de restricciones de alcance local o regional³⁴⁴.

Por otro lado, la protección de la libre competencia puede realizarse por la vía de la acción pública a través de las autoridades de defensa de la competencia y a través de la vía privada a través del orden jurisdiccional. Ambos sistemas de aplicación se insertan en el marco más genérico de lucha contra los cárteles u acuerdos horizontales y otras infracciones del Derecho de la competencia³⁴⁵.

En Europa, la defensa de la competencia ha sido considerada históricamente una cuestión de interés público encomendada a las autoridades administrativas encargadas de la defensa del interés general y dentro del régimen sancionador administrativo. Esa preferencia por la aplicación pública no implicaba que los afectados por las infracciones de las normas de competencia no pudieran ejercer su derecho a ser indemnizados en la vía civil por los daños y perjuicios que les hubiere ocasionado la infracción. La aplicación privada podía incluso mejorar la eficacia en la aplicación de las normas de competencia sin menoscabar la eficacia de la aplicación pública porque aproximaba la defensa de la competencia a los ciudadanos³⁴⁶.

La distinción entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia parece clara. En la aplicación pública del Derecho de la competencia se protege el bien jurídico del mercado y el desarrollo adecuado de la actividad económica. Esta aplicación pública prima en Europa donde estas normas no se pueden derogar por un acuerdo entre los particulares. Las autoridades encargadas de proteger los intereses públicos que protege la libre competencia son las autoridades administrativas que están representadas por los funcionarios de la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia de los respectivos Estados miembros. E incluiría también a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia que solo existen en España. Ellas

³⁴⁴MARTIN ARESTI, P., “Las relaciones entre el Derecho de la Competencia de la Unión Europea (arts. 101 y 102 del TFUE) y el Derecho interno español en materia de libre competencia”, en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, GARCÍA-CRUCES, J.A.(dir.), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 21-60, en especial pp. 48-57; SANCHO GARGALLO, I., *op.cit.*, nota 224, p. 947; CANEDO ARRILLAGA, M.P., “El Reglamento 1/2003 del Consejo sobre procedimiento en materia de Derecho de la competencia y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico interno”, *Ekonomiaz Revista Vasca de Economía* nº 61, 1 cuatrimestre, 2006, pp. 82-107, en especial p. 84.

³⁴⁵PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *Aplicación pública o aplicación privada del Derecho de la competencia*, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, UCLM Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2011, pp. 1-22, en especial p. 6.

³⁴⁶*Ibidem*, pp. 18-19.

se encargan de perseguir las infracciones e imponer multas a los que hayan vulnerado las normas de competencia, pero en ningún caso se encargan de los daños y perjuicios que han sufrido los particulares que se vieron avocados a firmar contratos nulos o que sufrieron las consecuencias de la falta de libre competencia en el mercado.

Por su parte, en la aplicación privada del Derecho de la competencia, el bien que se protege es la defensa de los derechos individuales que han resultado dañados por la infracción. En estos casos, el interés que persiguen los particulares es fundamentalmente económico. En la aplicación privada del Derecho de la competencia, la defensa de los derechos individuales la realizan los tribunales que se centran en reparar el daño y los perjuicios ocasionados a la parte demandante. La aplicación privada del Derecho de la competencia consiste en el reconocimiento a los particulares de la facultad para acudir a los tribunales buscando fundamentalmente la nulidad de los acuerdos anticompetitivos y el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de las conductas ilícitas por parte de los infractores.

La conflictiva relación entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia ha marcado la evolución del mismo en las últimas décadas y parece que está ganando posiciones la aplicación privada en países donde tradicionalmente estaba muy arraigada la aplicación pública del mismo³⁴⁷.

Un caso ilustrativo de lo que está pasando en España es la demanda de Ausbanc contra Telefónica, pendiente de sentencia, con la que se busca reparar el interés público por el mal funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones durante años y, además, reparar a los particulares por los daños que esta conducta les ha ocasionado. No obstante, no existe un precedente similar de cómo se van a reparar los bienes jurídicos objeto de protección: la economía, el mercado y los intereses de los particulares que han sufrido el encarecimiento durante años por las infracciones en competencia cometidas por Telefónica. A día de hoy, se está generando abundante doctrina al respecto porque se trata de una acción colectiva promovida por Ausbanc que está quedando deslegitimada por haber reclamado dinero a Telefónica bajo la amenaza de paralizar todo el proceso.

³⁴⁷SANCHO GARGALLO, I., *op.cit.*, nota 224, pp. 909-912.

Para comprender todo, voy a explicar de dónde proviene la distinción entre la aplicación pública y privada de este Derecho de la competencia.

a) Origen

Estados Unidos aparece como la cuna de las leyes de competencia con la *Sherman Act* en 1890 y en donde primaba la aplicación privada del Derecho de la competencia frente a la pública; a pesar de que esta última también se reguló en la División de competencia del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio. En Estados Unidos la normativa de competencia era punitiva e imponía sanciones penales.

Respecto a la aplicación privada, la *Sherman Act* estableció que cualquier persona que fuera perjudicada en su negocio por cualquier otra persona natural o jurídica a raíz de algo prohibido o declarado ilegal por esta ley podría demandar y exigir la devolución del triple de los daños y perjuicios causados más los costes de la demanda, incluida una tarifa razonable.

El éxito de la aplicación del Derecho de la competencia en Estados Unidos radicó en que su infracción resultaba muy costosa para las empresas y debían asumir con cuantiosas indemnizaciones los daños que causaban siguiendo el criterio del *treble damages*³⁴⁸. En Europa, sin embargo, no se ha logrado un efecto disuasorio similar al que existe en Estados Unidos, entre otras cosas porque la indemnización no podrá ser tan grande como en Estados Unidos porque entonces se incurriría en lucro indebido³⁴⁹.

Es cierto que la corriente de los *treble damages* se observó en la Clayton Act de 1914 y permitía al demandante dañado por el ilícito competencial obtener una indemnización tres veces superior al importe del daño, pero en Estados Unidos no siempre fue así. En Estados Unidos existe la distinción entre los daños punitivos y los múltiples daños. Respecto a los punitivos, se puede dictar un veredicto de daños por un importe muchas veces superior al de la indemnización compensatoria. Por su parte, tanto en Estados Unidos como en Europa, solo en casos concretos y bien definidos, se

³⁴⁸Multiplicar por tres los daños ocasionados.

³⁴⁹ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro derecho interno”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 1110-1126, en especial pp. 1114-1118.

pueden imponer condenas de pagos extracompensatorios a favor de los demandantes y por un importe que suele ser igual o un múltiplo muy reducido de la indemnización compensatoria³⁵⁰.

Como señala Salvador Codech, lo que se intenta es que los daños punitivos se usen como instrumento de prevención eficiente de daños en un sentido económico y sería mejor recurrir a un sistema centralizado de derecho público (administrativo y penal) sancionador como el europeo continental³⁵¹. En el Derecho civil, un juez civil, en un proceso de esta misma naturaleza, puede condenar al demandado a pagar una indemnización compensatoria del daño causado, pero, por lo general, no puede imponerle sanciones. Por ello suele afirmarse que la institución de los daños punitivos es ajena a la cultura jurídica europea continental cuando no contraria al principio de que los Estados europeos detenten el monopolio de la imposición y cobro de sanciones (no sólo) pecuniarias.

Se presupone que en Europa el derecho de daños está regido por un principio compensatorio, de reparación integral de daños que se aplica efectivamente, pero la realidad no es así porque demuestra que el sistema concede indemnizaciones que quedan muy por debajo de los costes sociales de los daños causados. Los daños punitivos engloban las funciones preventiva, sancionadora y simbólica. Y aunque se rechace su aspecto sancionador, no debe olvidarse las funciones preventivas y simbólicas que persigue³⁵².

Respecto a la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa, la sentencia del TJCE de 30 de enero de 1974 en el asunto *Sabam/Br* señalaba que las infracciones de los artículos 81 y 82 TUE surtían efectos directos en las relaciones entre los particulares y que los órganos jurisdiccionales nacionales eran los encargados de protegerlas. Se reconocía que los órganos jurisdiccionales tenían independencia respecto de la Comisión y no se exigía un previo pronunciamiento de la misma para la actuación judicial de los órganos estatales.

³⁵⁰SALVADOR CODECH, P. "Punitive Damages", *Indret* 013, Barcelona, 2000, pp. 1-17, en especial p. 5.

³⁵¹*Ibidem*, p. 11.

³⁵²SALVADOR CODECH, P, *op.cit.*, nota 350, pp. 13 y 14.

A pesar de que el Tratado de la Unión no asignaba competencias a los tribunales ordinarios para aplicar el Derecho de la competencia, el TJCE las admitió recurriendo al artículo 101.2º TFUE que establecía la nulidad de las conductas prohibidas. Esta corriente jurisprudencial fue avalada por la sentencia del TJCE de 28 de febrero de 1991, asunto *Delimitis*, en la que se argumentaba que, al prever la nulidad, el Tratado buscaba que el Derecho nacional habilitara a los jueces ordinarios para proteger los derechos de las víctimas de estas infracciones, por lo que el juez se erigía en el encargado de velar por la legalidad comunitaria³⁵³. Por lo tanto, se confirma que la Comisión, como autoridad administrativa, debe defender el interés público y el Juez nacional los derechos subjetivos de las personas privadas.

Esta inquietud se volvió a reflejar en la sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 2000, en el asunto C-344/98 caso *Masterfoods*, en la que se señalaban una serie de mecanismos tendentes a garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario de la competencia, sometiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales las decisiones que eran aprobadas por la Comisión³⁵⁴. Con ello se pretendía asegurar el principio de seguridad jurídica y la aplicación coherente de las normas de competencia, estableciendo que las decisiones de la Comisión tuvieran un carácter obligatorio para los órganos jurisdiccionales nacionales. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad que tenían los órganos jurisdiccionales nacionales de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

Será con la sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001, en el asunto asunto C-453/99 caso *Courage*, cuando se reconoce a los jueces nacionales como garantes de los daños causados por los hechos anticompetitivos. En esta sentencia se reconoce la posibilidad de reclamar los perjuicios incluso si el demandante ha sido partícipe del incumplimiento por ser parte del contrato infractor, siempre que no tenga una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia. Se protege a las partes

³⁵³FERNÁNDEZ VICIÉN, C. y MORENO-TAPIA, I., "Un paso adelante en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: el asunto *Courage*", *Indret* 01/2002, Barcelona, 2002, pp. 1-11, en especial p. 6.

³⁵⁴GUILLÉN CARAMÉS, J., "La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del Derecho de la competencia" en *Competencia y acciones de indemnización*, en *Congreso Internacional sobre Daños derivados de ilícitos anticoncurrenciales*/ coord. por FONT RIBAS, A., GÓMEZ TRINIDAD, S., Madrid, 2013, pp. 243-262, en especial p. 248; CALVO CARAVACA, A.L. y SUDEROW, J., *op.cit.*, nota 343, pp. 121-123.

débiles de los contratos que no cuentan con suficiente poder económico y capacidad negociadora y normalmente no pueden oponerse a aceptar condiciones abusivas en los contratos. Se admite que las acciones de daños y perjuicios constituyen un arma para la defensa de la competencia en manos de los particulares dentro de la UE.

No obstante, se echaba en falta un reconocimiento explícito de carácter normativo que recogiera la aplicación privada del Derecho de la competencia. Y ello ocurrió con la aprobación del Reglamento nº 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Con él, se consagró un régimen aplicable para los jueces nacionales a través de las acciones *stand alone* que permitían solicitar la nulidad del acto y una indemnización por los daños y perjuicios sin necesidad de contar con una previa decisión administrativa; y las acciones *follow on* que se interponían con objeto de obtener una indemnización tras una previa decisión administrativa o judicial firme que hubiera declarado la ilicitud y nulidad del acto como establecía el artículo 6 del Reglamento 1/2003.

El origen del problema en España se encuentra en la Disposición Adicional Primera de la Ley de Defensa de la Competencia³⁵⁵ al establecer que los juzgados de lo mercantil se encargarán de la aplicación privada del Derecho de la competencia. Esta posibilidad marca un hito en Europa debido a que, hasta el momento, había primado la defensa del interés público de esta materia por parte de las autoridades administrativas competentes frente a la defensa del interés privado por parte de los órganos judiciales como ya ocurría en Estados Unidos que aparecía como el paradigma de la aplicación privada del Derecho de la Competencia y de la judicialización³⁵⁶.

Uno de los temas más controvertidos en España durante esos años fue la aplicación de las normas de defensa de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales en los conflictos privados entre los particulares. Desde el comienzo, en el Derecho español se optó por atribuir la aplicación de las normas de

³⁵⁵La Disposición Adicional Primera de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia establece que *de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley.*

³⁵⁶PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *Aplicación pública o aplicación privada del Derecho de la competencia*, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, UCLM Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2011, pp. 1-22, en especial p. 5.

competencia a un organismo administrativo especializado (la CNMC) y no a uno jurisdiccional.

La relevancia de este aspecto estriba en que, en la aplicación de las normas de la competencia, junto al interés público defendido por las autoridades administrativas, existe también un interés privado, que se representa por los derechos subjetivos de los particulares, vulnerados por las conductas anticompetitivas, y cuya protección no se puede garantizar por la vía administrativa, sino solamente por la vía judicial.

b) Complejidad

Ante el problema de que se produzcan pronunciamientos contradictorios o inconciliables entre las decisiones administrativas y las sentencias judiciales por ser la administración pública un monstruo de varias cabezas³⁵⁷, así como de que se dupliquen esfuerzos y recursos en la aplicación e interpretación de las normas de defensa de la competencia, parece necesario articular mecanismos de coordinación que garanticen el funcionamiento de un sistema que prevea el carácter complementario que cumple la aplicación privada del Derecho de la competencia con la aplicación pública desarrollada por las autoridades administrativas de competencia³⁵⁸. Muy a propósito es la transposición de la Directiva 2014/104/UE de daños y perjuicios que debía haberse aplicado en todos los Estados miembros el 27 de diciembre de 2016 y que, sin embargo, en España lleva retraso.

La realidad es que, por unos mismos hechos, se pueden derivar consecuencias distintas. Por un lado, las autoridades de competencia pueden imponer sanciones administrativas al proteger el interés público y, por otro lado, los jueces de lo mercantil pueden condenar al resarcimiento de los daños y perjuicios en la protección del interés privado. Ello exige una coherencia en la aplicación e interpretación del Derecho de la competencia por parte de las autoridades administrativas y las jurisdiccionales³⁵⁹.

Monti, antiguo Comisario de competencia en la UE, defendía la necesidad de compatibilizar la competencia administrativa y la jurisdiccional sobre la base de diferenciar entre los asuntos con relevancia para el interés público y aquellos con

³⁵⁷MÚGICA, R., Ponencia *Defensa letrada de organismos independientes* en las IX Jornadas de Defensa de la Competencia, 21 octubre 2016, Bilbao.

³⁵⁸GUILLÉN CARAMÉS, J., *op.cit.*, nota 354, pp. 1-17.

³⁵⁹*Ibidem*, p. 17.

relevancia para el interés privado. Consideraba que las autoridades judiciales disponían de potestades que no se encontraban al alcance de los órganos administrativos, por lo que, en ciertos casos, su actuación podía llegar a ser más efectiva que la de aquellos³⁶⁰. Esta idea es buena lo que ocurre es que no será fácil deslindar entre el derecho público y el derecho privado porque, en algunas ocasiones, surgen asuntos complejos que tratan ambas materias a la vez.

El Reglamento nº 1/2003, en su considerando séptimo, establece que los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñarán un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Deberán salvaguardar los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre litigios entre particulares mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios a los afectados por la comisión de las infracciones en competencia. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales es complementaria a la de las autoridades de competencia de los Estados miembros y, persiguiendo tal fin, sería conveniente facultarlos para aplicar plenamente los artículos 101 y 102 del TFUE.

En el Reglamento nº 1/2003 se refleja la prevalencia de las Decisiones de la Comisión frente a la de los órganos jurisdiccionales nacionales poniendo de relieve la primacía de la Comisión en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario de la competencia. Todo ello sujeto a posible revisión jurisdiccional por parte del Tribunal General y del TJUE.

Efectivamente, el artículo 16 del Reglamento nº 1/2003 establece que cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Y a este respecto, el TJUE aprovechó la sentencia de 6 noviembre de 2012, asunto C-199/11, caso *Otis* para precisar el alcance del artículo 16 del Reglamento 1/2003.

La sentencia se refería precisamente a una acción de daños y perjuicios *follow-on* planteada ante la jurisdicción civil belga por la propia Comisión Europea contra Otis

³⁶⁰FERRIS, F., “Towards the application of article 81 by National Courts”, *Anuario de Defensa de la Competencia* 2000, ICO-Marcial Pons, 2001, p. 514.

y otras empresas a las que les reclamaba daños y perjuicios por el daño que ese cártel le había causado al instalar los ascensores en varios edificios de las instituciones europeas en el año 2009. Es decir, la Comisión condenó a Otis por el cártel y luego procedió por la vía civil a reclamarle los daños y perjuicios. La sentencia aclara que el artículo 16 del Reglamento se refiere a la infracción sustancial y que el tribunal nacional decidirá libremente sobre la causalidad y sobre la existencia del daño. El Tribunal señala que, aunque la Comisión haya determinado en su decisión los efectos concretos de la infracción, corresponderá siempre al juez nacional determinar de manera individual el daño ocasionado a cada una de las personas que han ejercitado una acción de indemnización.

Por otro lado, el artículo 16 LDC establece un mecanismo de cooperación entre los órganos administrativos y los judiciales para la aplicación del Derecho de la competencia. Esta cooperación administrativa-judicial velará por el interés público del mercado y el orden económico según lo previsto en el artículo 38 de la Constitución Española y serán las autoridades administrativas de defensa de la competencia las encargadas de su protección. Y además, velará por los derechos particulares de las empresas y los consumidores que serán protegidos por los jueces de lo civil-mercantil³⁶¹.

En cualquier caso parece que el artículo 16 LDC nace con la finalidad de ayudar a los jueces españoles en la resolución de los conflictos que surjan en el Derecho de la competencia que, muchas veces, entrañarán cuestiones de complejidad económica. Con él se pretende lograr una aplicación coherente de las normas de competencia, tanto por las autoridades administrativas como por las autoridades judiciales con objeto de garantizar el principio de seguridad jurídica.

Para Guillén Caramés, la legitimación de las autoridades administrativas para poder intervenir como parte procesal en los procedimientos de aplicación judicial privada de las normas de la competencia suscitó un vivo debate que culminó con la negación de la capacidad para ser parte a este tipo de autoridades tal y como recoge el artículo 16 LDC, así como el artículo 15.1º bis LEC que establece que la intervención de las autoridades administrativas, tanto nacionales como europeas en los

³⁶¹GUILLÉN CARAMÉS, J., *op.cit.*, nota 354, p. 8.

procedimientos judiciales, se efectuará sin que en ningún caso dichas autoridades tengan la condición de parte³⁶². La fórmula empleada por la LDC, la LEC y por el Reglamento nº 1/2003 para posibilitar la intervención de las autoridades administrativas en los procedimientos judiciales de naturaleza privada es la del *amicus curiae*.

La figura del *amicus curiae* tiene su origen en el derecho consuetudinario norteamericano donde se contemplaba ya desde hacía años dentro de las reglas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y tenía como finalidad ayudar a los Tribunales a una mejor resolución de los asuntos que tenían encomendados. Es decir, las autoridades administrativas actuaban como amigos de la curia, pero sin intervenir en el proceso ni influir sobre su objetividad ni imparcialidad. En Europa, en los procesos judiciales que están relacionados con la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, se habilita a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de los Estados miembros para intervenir en ellos como amigos de la curia.

No obstante, esta forma de intervenir de las autoridades administrativas dio un giro a raíz de la sentencia del TJUE en el asunto *Vebic* en la que ningún representante de una autoridad de la competencia, ni ningún representante del interés público de la competencia participaba en el procedimiento incoado ante un órgano jurisdiccional contra la resolución de la autoridad de competencia y eso planteaba dudas sobre la conformidad de la normativa interna controvertida con el Derecho de la Unión, en particular con los artículos 2 (carga de la prueba), 15.3º (cooperación con órganos judiciales nacionales) y 35.1º (designación de las autoridades de competencia) del Reglamento nº 1/2003. La cuestión recaía en saber si una autoridad nacional de competencia estaba legitimada para participar, como parte recurrida, en un procedimiento judicial relativo a una decisión de la que es autora³⁶³.

Conforme al artículo 35.1º del Reglamento nº 1/2003, los Estados miembros designarán a la autoridad o autoridades de la competencia competentes para aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, de tal forma que puedan velar por el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en dicho Reglamento. Según éste, las autoridades designadas deben garantizar la aplicación efectiva de dichos artículos en aras del interés general.

³⁶²*Ibidem*, p. 9.

³⁶³Considerandos 51 y 52 de la sentencia *Vebic*.

Por su parte, el Abogado General Paolo Mengozzi en el punto 74 de sus conclusiones, defendió el hecho de que no conceder a la autoridad nacional de competencia los derechos de parte en el litigio y el impedirle defender la resolución que ha adoptado implica el riesgo de que el órgano jurisdiccional que conoce esté totalmente cautivo de los motivos y alegaciones formulados por la empresa o empresas recurrentes³⁶⁴. En un ámbito como el de la comprobación de infracciones de las normas de competencia y la imposición de multas, que implica apreciaciones jurídicas y económicas complejas, la mera existencia de tal riesgo puede comprometer el ejercicio de la obligación particular que incumbe a las autoridades nacionales de competencia, en virtud del Reglamento nº 1/2013 de garantizar la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

Según el artículo 35.1º del Reglamento nº 1/2003, los órganos jurisdiccionales podrán figurar entre las autoridades de competencia designadas por los Estados miembros. Y conforme al artículo 35. 2º, cuando la ejecución de la legislación de la Unión en materia de competencia se confíe a autoridades administrativas y judiciales nacionales, los Estados miembros podrán atribuir diferentes poderes y funciones a esas distintas autoridades nacionales, ya sean administrativas o judiciales.

Por lo tanto, el TJUE en el asunto *Vebic* concluye que el artículo 35 del Reglamento nº 1/2003 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no reconoce a una autoridad nacional de competencia la facultad de participar, como parte recurrida, en un procedimiento judicial dirigido contra una resolución de la que dicha autoridad es la autora. Incumbe a las autoridades nacionales de competencia calibrar la necesidad y la utilidad de su intervención en relación con la aplicación efectiva del Derecho de competencia de la Unión. No obstante, la no comparecencia sistemática de la autoridad nacional de competencia en tales procedimientos judiciales compromete el efecto útil de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

Asimismo considera que, ante la inexistencia de normativa de la Unión, los Estados miembros son competentes, conforme al principio de autonomía procesal, para designar el órgano u órganos que, formando parte de la autoridad nacional de

³⁶⁴Conclusiones del Abogado General presentadas el 25 de marzo de 2010, asunto C-439/08, caso *Vebic*.

competencia, están facultados para participar, como parte recurrida, en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional nacional contra una resolución de la que dicha autoridad es autora, garantizando el respeto de los derechos fundamentales y la plena efectividad del Derecho de competencia de la Unión. De esta manera, con esta sentencia queda reconocida la posibilidad de que las autoridades de competencia intervengan en los procesos judiciales y no solo en su condición de *amicus curiae*.

Otro aspecto importante de la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia es la relativa a la declaración de nulidad de los acuerdos anticompetitivos porque en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros sólo puede hacerse efectiva a través de una declaración judicial. Los órganos de la jurisdicción ordinaria son la única vía para conseguir estos resultados.

Efectivamente como señala Salvador Codech, a la pretensión estrictamente indemnizatoria se suma la de ejercer una acción negatoria. En el derecho español de la responsabilidad civil es tradicional que, en los casos en que los daños puedan volver a causarse, la demanda de la víctima comprenda, además de la pretensión indemnizatoria, otra pretensión de abstención por la que se pide al tribunal que ordene al demandado abstenerse de causar en el futuro daños similares³⁶⁵.

Y sobre este tema también incide Calvo Caravaca cuando señala que en la interposición de una acción civil por daños en la aplicación privada del Derecho de la competencia caben dos contenciosos; uno contractual cuando, apoyándose en la violación de las normas del Derecho de la competencia, una parte solicita del juez la anulación de un contrato o se opone a una demanda de ejecución, invocando su nulidad³⁶⁶ y el extracontractual para solicitar del juez civil una indemnización por los daños que ha ocasionado la conducta anticoncurrencial. A estos últimos supuestos de orienta la Directiva 2014/104/UE.

Para lograr una protección jurídica eficaz tanto de los intereses públicos como de los intereses privados es necesario articular una doble vía de actuación, administrativa y judicial, cubriendo así los efectos de las infracciones de las normas de competencia y facilitando a los particulares su reclamación. Parece más fácil disuadir a un empresario

³⁶⁵SALVADOR CODECH, P., *op.cit.*, nota 350, p. 12.

³⁶⁶CALVO CARAVACA, A.L. y SUDEROW, J., *op.cit.*, nota 343, pp. 118 y 119.

de que vuelva a actuar contra la libre competencia si por su infracción puede recibir sanciones administrativas y además indemnizatorias.

Desde el punto de vista de la efectividad de la aplicación del Derecho de la competencia, esto implica que las aplicaciones pública y privada de estas normas ni son compartimentos estancos ni discurren en paralelo, sino que el interés público de garantía del funcionamiento del mercado está presente en mayor o menor medida en las dos³⁶⁷. Podría afirmarse que la aplicación pública y privada del derecho de la competencia son complementarias y necesarias para la correcta protección de los bienes jurídicos objeto de salvaguarda: el mercado, la economía, la libre competencia y los intereses de los particulares perjudicados.

1.2 Los programas de clemencia

Dentro de la aplicación pública del Derecho de la competencia, los programas de clemencia se han diseñado para descubrir los cárteles³⁶⁸, conseguir pruebas con las que perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas, saber qué empresas los componen y conocer la cuantía del daño causado al mercado con objeto de disolver el cártel e imponer una multa económica, proporcional al daño causado, en vía administrativa. Los programas de clemencia se han convertido en la principal herramienta que tiene la administración para descubrir los cárteles debido a la dificultad que entraña su prueba.

En el *Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* de 2008, únicamente se hacía referencia a la necesidad de establecer mecanismos de coordinación entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la competencia con el fin de que los programas de clemencia resultaran atractivos para las empresas y éstas decidiesen colaborar con las autoridades administrativas en vez de temer que, posteriormente, en la

³⁶⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *op.cit.*, nota 345, pp. 15-18.

³⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de Clemencia, DOUE 8.12.2006. Los cárteles son acuerdos o prácticas concertadas entre competidores que pretenden limitar la competencia mediante la coordinación de su comportamiento competitivo en el mercado y modificando los parámetros de la competencia en el mercado interior mediante acuerdos de fijación de precios de compra o de venta, asignación de cuotas de producción o de ventas, o reparto del mercado, en particular presentando ofertas concertadas en licitaciones públicas. Al afectar directamente a los consumidores por ser la causa de que aumenten los precios y se restrinjan las posibilidades de elegir los productos, los acuerdos constituyen una grave infracción del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, el artículo 101 del TFUE.

vía civil, tuvieran que hacer frente a cuantías importantes por las indemnizaciones de daños y perjuicios que les reclamaran los particulares que hubieran sufrido sus daños.

En España, los programas de clemencia quedan recogidos en los artículos 65 y 66 de la LDC, desarrollados en los artículos 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la competencia (RDC), y permiten que la CNMC pueda conceder exención del pago de la multa o una reducción de su importe a aquella empresa o persona física que ponga en conocimiento de la autoridad la existencia de un cártel y su participación o responsabilidad en éste, aportando las pruebas que tenga a su disposición o que pueda recabar a través de una investigación interna, siempre y cuando cumpla los requisitos y condiciones establecidos en la LDC y en su normativa de desarrollo.

¿Qué ocurre entonces con la empresa que se adhiere a un programa de clemencia y que desvela con pruebas los hechos, el alcance y las empresas competidoras implicadas? Esta empresa, desde el punto de vista de la aplicación pública del Derecho de la competencia, quedará exenta del pago de la multa si ha sido la única y primera empresa que se ha adherido al programa de clemencia. Y si son varias empresas dentro del mismo cártel, habrá que apreciar el orden en el que se han adherido y en este caso no existirá una exención total de la multa, si no una reducción de la misma proporcional a que sea la primera, segunda o sucesivas empresas que se adhieren al programa. Tendrá una reducción de la multa de entre un 30 y un 50 por ciento si es el primer solicitante, la reducción será entre un 20 y un 30 por ciento si es el segundo solicitante y hasta un 20 por ciento de reducción de la multa para los sucesivos solicitantes³⁶⁹.

Ahora bien, cuando se plantea la aplicación privada del Derecho de la competencia y la ejecución de los programas de clemencia, la situación se complica sobre todo para las empresas que han recibido un trato de favor por facilitar toda la información necesaria para destapar el cartel y sancionar a las empresas que han participado en el mismo. Si en el ámbito público reciben un trato de favor consistente en

³⁶⁹CNC, Comunicación sobre el programa de clemencia, Madrid, 2013, pp.1-22, en especial p.15; COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de Clemencia, DOUE 8.12.2006; Artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

la exención de la multa o la reducción de la misma en una cuantía importante³⁷⁰, en el ámbito privado, quedan completamente desprotegidas porque han aportado unos datos que les inculpan y que los particulares perjudicados pueden utilizar contra ellas cuando reclamen los daños y perjuicios por la vía civil. Por lo tanto, la aplicación privada del Derecho de la competencia puede afectar negativamente al éxito de los programas de clemencia y es importante conocer bien el alcance porque a la administración le interesa que los programas de clemencia continúen funcionando y estén plenamente operativos.

Para conocer el alcance del éxito de estos programas, hay que valorar que a día de hoy la CNMC ha desmantelado 14 cárteles en España y ha impuesto multas por 549 millones de euros³⁷¹. Los cuatro últimos cárteles que desmanteló la CNMC en 2016 fueron el *cartel de pañal*³⁷² que representó multas de 128 millones a la industria, el *cártel del hormigón*³⁷³ que representó multas de 29 millones de euros, el *cártel del fuego* por concesiones administrativas para la extinción de incendios que se realizaban en la Comunidad Valenciana y por último, el *cártel del transporte* de dinero con multas de 45 millones de euros que sancionó a Prosegur.

Para que la aplicación privada del Derecho de la competencia no disuada a las empresas participantes de denunciar un cártel con el consiguiente riesgo que para ellas entraña de que les exijan la totalidad de la reparación de los daños y los perjuicios ocasionados a un particular, se pueden adoptar dos medidas. Primera, evitar en todo o en parte el descubrimiento de la documentación que las empresas facilitan a las autoridades competentes en el marco de su solicitud de clemencia y, segunda, reducir el grado de responsabilidad económica de las empresas que han participado en los programas de clemencia para que respondan de los daños y perjuicios de manera subsidiaria y no solidaria, es decir, solo cuando el resto de empresas sean insolventes.

En relación a la confidencialidad de los documentos aportados por las empresas en el marco de una solicitud de clemencia, se pronunció el TJUE en la sentencia del 14

³⁷⁰Procter & Gamble se adhirió al programa de clemencia en el cártel de pañal que se ha descubierto en España en mayo de 2016 y gracias al programa, quedó exenta del pago de la multa de 65 millones de euros que le correspondía, Expediente S/DC/0504/14 de la CNMC.

³⁷¹CNMC, www.cnmc.es

³⁷²Competencia multa al cártel del pañal con 128 millones, LA RAZÓN, <http://www.larazon.es/economia>, visitada el 1.10.2016.

³⁷³La CNMC multa con 29 millones a 23 cementeras y hormigoneras por cártel, ABC, 9.09.2016, http://www.abc.es/economia/abci-cnmc-multa-29-millones-23-cementeras-y-hormigoneras-cartel-201609091844_noticia.html

de junio de 2011 en el asunto C-360/09, caso *Pfleiderer*. El TJUE estableció que las condiciones de la autorización o la denegación del acceso a la documentación generada como consecuencia de una solicitud de clemencia debían ser determinadas por los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro, de acuerdo con su normativa interna y ponderando, en todo caso, los intereses protegidos por el Derecho europeo. El origen de la sentencia *Pfleiderer* está en la imposición de una multa de 72 millones de euros a tres de los más importantes fabricantes de papel decorativo en Europa y a cinco personas responsables personalmente.

Lo que parece claro es que las empresas que se adhieran a los programas de clemencia con objeto de obtener la exención o la reducción de la multa por la aplicación pública del Derecho de la competencia, no tienen garantizado que vayan a quedar inmunes por la vía privada de la reclamación del daño. Va a depender absolutamente de la discrecionalidad del órgano jurisdiccional del Estado miembro competente. El TJUE señala que la normativa material y procesal europea no establece normas comunes en relación al derecho de acceso a los documentos que se han obtenido por una autoridad nacional en el marco de una política nacional de clemencia.

En la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Pfleiderer*, el juzgado de Bonn mencionaba expresamente los artículos 11 y 12 del Reglamento nº 1/2003 en los que se señalaba una estrecha colaboración entre la Comisión y las autoridades nacionales de defensa de la competencia en los distintos Estados miembros a la hora de aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE. Se señalaba que podría resultar necesario, en el ámbito de los procedimientos sancionadores de los cárteles, prohibir a terceros el acceso a las solicitudes de clemencia y a los documentos comunicados voluntariamente por los solicitantes de clemencia.

El TJUE añadió que las Comunicaciones de la Comisión relativas a la cooperación con la red de autoridades nacionales de competencia³⁷⁴ y al programa de clemencia³⁷⁵ no eran imperativas para los Estados miembros y, por lo tanto, la exención y reducción del importe de las multas únicamente contemplaba los programas de clemencia aplicados por la Comisión, no aquellos que se ejecutaran a nivel nacional.

³⁷⁴Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, DOUE 27.04.2004.

³⁷⁵Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, DOUE 8.12.2006.

Por lo tanto, corresponderá a los Estados miembros establecer y aplicar las normas nacionales que prevean respecto a la posibilidad de que los perjudicados accedan a los documentos que las empresas infractoras hubieran presentado ante la autoridad competente en un procedimiento de clemencia. El TJUE añadió que el establecimiento y la aplicación de estas normas son competencia de los Estados miembros que deberán tener siempre presente el principio de efectividad del ordenamiento jurídico comunitario. Conforme a este principio, no se puede hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la ejecución de la normativa de la UE. En este sentido, los programas de clemencia serán considerados instrumentos útiles para descubrir y detener los ilícitos anticompetitivos y para aplicar los artículos 101 y 102 TFUE, con independencia de que se trate de programas de clemencia nacionales o europeos.

El TJUE consideró que, si se permite a los perjudicados por los cárteles el acceso a toda la información que se ha presentado con una solicitud de clemencia, cabe la posibilidad de que las empresas no quieran participar en los programas. Serán los órganos jurisdiccionales nacionales quienes ponderarán los intereses en juego para justificar el acceso a los expedientes.

Por otro lado y según el principio de equivalencia, habrá que velar porque las normas nacionales no hagan imposible en la práctica que el perjudicado obtenga una reparación de los daños. En el ordenamiento jurídico europeo no existe ningún obstáculo para el levantamiento de la confidencialidad de la información aportada por la empresa infractora en el marco de una solicitud de clemencia y ningún precepto impide que el perjudicado acceda a la documentación dentro de un procedimiento de clemencia. La normativa nacional no puede tratar las reclamaciones basadas en el derecho europeo de manera menos favorable que las reclamaciones similares de derecho interno.

El Abogado general Mazák se pronunció con anterioridad a la sentencia del caso *Courage* y propuso una distinción entre los documentos creados específicamente por la empresa solicitante de clemencia a la hora de preparar su solicitud y aquellos preexistentes a la solicitud de clemencia. Los primeros establecen claramente la participación en el cártel por parte de la empresa que acude al programa de clemencia por lo que estarán protegidos en todo caso y no serán puestos a disposición de potenciales demandantes de daños y perjuicios. Sin embargo, los documentos

preexistentes, a los que podría haber accedido la autoridad de defensa de la competencia competente por otra vía, no serán protegidos confidencialmente.

El Abogado general se pronunció a favor de la protección de los documentos presentados por la empresa que acude a un programa de clemencia, y por tanto, por la prevalencia de la aplicación pública frente a la privada, en relación a las posibles demandas de resarcimiento de los daños causados por un ilícito anticompetitivo. Argumentó que las víctimas de los acuerdos colusorios no deberían acceder a las declaraciones auto-inculpatorias que presentan las empresas en el marco de un programa de clemencia con el fin de ejercitar una acción civil, ya que este acceso podría afectar a la eficacia del programa de clemencia y las autoridades competentes no tendrían conocimiento de tantos acuerdos colusorios como los que se descubren en la actualidad gracias precisamente a los programas de clemencia.

Además, señala que la permisividad respecto al acceso a la documentación *especial* podría afectar al derecho fundamental de la empresa a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo. Por lo tanto, se observan discrepancias entre la sentencia *Courage* del TJUE que aboga porque el resarcimiento pueda pedirlo cualquiera que haya sufrido un daño y que sean los tribunales nacionales los que decidan sobre la documentación que se tiene que exhibir y la opinión del Abogado general que se pronuncia por la no exhibición de los documentos para asegurar la tutela judicial efectiva de la empresa competidora que participó en el cártel.

En la sentencia *Courage*, finalmente el Juzgado de Bonn decidió denegar el acceso a todos los documentos relacionados con una solicitud de clemencia. El órgano jurisdiccional alemán se pronunció a favor de la aplicación pública del derecho de la competencia, a favor de la política de clemencia en la lucha frente a los cárteles y le otorgó a estas cuestiones prioridad absoluta frente a posibles facilidades que se podrían derivar para los perjudicados por los ilícitos anticompetitivos a la hora de interponer una demanda de resarcimiento por los daños causados. Basó su decisión en la importancia que tienen los programas de clemencia para el descubrimiento de los cárteles. Esta sentencia, que señaló que el fallo no debería de perjudicar la interposición de demandas civiles de resarcimiento, fue inapelable.

Por su parte, la sentencia del Tribunal General de la UE, de 27 de febrero de 2014, en los asuntos *InnoLux* y *Display*, estableció que al ser el procedimiento de clemencia una excepción al principio de que las empresas debían ser sancionadas por cualquier infracción del Derecho de la competencia, sus reglas debían interpretarse estrictamente. La eficacia de los programas de clemencia podría cuestionarse si las empresas pierden los estímulos por ser las primeras en adherirse al mismo. Con esta reflexión, el Tribunal General apuesta por el respeto y la prevalencia de la aplicación pública del Derecho de la competencia con objeto de preservar y mantener los programas de clemencia y los objetivos que los mismos persiguen³⁷⁶.

Asimismo habrá que interpretar restrictivamente los requisitos para beneficiarse de la exención o la reducción de la multa basándose en aquellos supuestos en los que se aporten informaciones nuevas o relevantes para la labor que ya está realizando la Comisión. Es el caso de la empresa de conservas Riberebro que obtuvo una reducción de un 50 por ciento de la multa por aportar nuevos datos cuando ya había comenzado la investigación realizada por la Comisión³⁷⁷.

En Europa, tanto en el Derecho europeo como en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, se ha venido observando durante años una ausencia de relación entre las políticas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento. En Estados Unidos es exactamente al contrario, se prevé expresamente una indemnización a los perjudicados por el ilícito anticompetitivo como requisito previo para que la empresa pueda recibir una reducción o una exención de la multa en el ejercicio de sus programas de clemencia. Esta práctica que se da en Estados Unidos es una manera de intervenir en el conflicto que existe entre la aplicación pública y la aplicación privada con el fin de promover los programas de clemencia y la indemnización de los perjudicados sin tener que elegir entre uno de los dos, opción que no está resultando tan fácil en Europa.

Otra ventaja que obtienen las empresas americanas que se adhieren a los programas de clemencia es que responderán económicamente por el daño causado pero

³⁷⁶VEGA GARCÍA, F., *Interpretación restrictiva de los requisitos para Clemencia*, sentencia del Tribunal General 27.02.2014, <http://derechoycompetencia.blogspot.com.es/>, visitado el 19.11.2016.

³⁷⁷COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, 2006/C 298/11, DOUE 8.12.2006.

no multiplicándolo por tres como es la práctica habitual en Estados Unidos por la teoría de los triples daños³⁷⁸.

En Europa, hace años que se echan en falta medidas para limitar la responsabilidad civil de las empresas que acuden a los programas de clemencia con el fin de impulsar su uso, pero sin menoscabar el derecho de los perjudicados a obtener su resarcimiento.

A este respecto, es bastante interesante la solución adoptada por Hungría en donde se establece que los beneficiarios de un programa de clemencia podrán negarse a indemnizar a las víctimas en concepto de daños y perjuicios sufridos por el acuerdo colusorio nacional o europeo, siempre que los daños puedan ser indemnizados por las demás empresas que también hubiesen participado en el cártel. Esta norma no excluye la posibilidad de que el perjudicado demande conjuntamente a todos los miembros del cártel, pero establece un régimen de responsabilidad subsidiaria de la empresa que ha cooperado con la autoridad competente con respecto a las demás empresas infractoras, ya que aquella únicamente podrá ser demandada civilmente una vez que se compruebe que las demás no pueden pagar la indemnización correspondiente por su insolvencia.

Esta medida, sin embargo, no se aplicará en las relaciones entre la empresa que ha obtenido una exención de la multa y las demás empresas que han participado en el cartel y han tenido que indemnizar a terceros. Estas empresas que han respondido por los daños y perjuicios podrán demandar a la empresa que ha obtenido la dispensa de la Comisión.

En España, el artículo 51 del RDC establece el acceso por parte de los interesados a los documentos que sean necesarios para contestar al pliego de concreción de los hechos, pero niega la posibilidad de obtener copias de cualquier declaración del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido realizada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud. Este mismo artículo señala también que se considerará confidencial el hecho mismo de la presentación de una solicitud de exención o de reducción del importe de la multa.

³⁷⁸ *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, 2004; SALVADOR CODECH, P., *op.cit.*, nota 350, p. 5-13.

En este sentido, la Disposición Adicional Segunda de la LDC introdujo un nuevo artículo 15 bis en la LEC que establecía que la divulgación de la información suministrada por el solicitante de clemencia no se incluyera en el deber de cooperación entre las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales. Según este artículo, la CNMC se podía negar a facilitar al órgano judicial los documentos aportados por la empresa dentro de un programa de clemencia, lo que constituía una garantía importante para la propia empresa. El artículo 15 bis LEC se refería a todos los documentos que la empresa hubiera aportado en el marco de su solicitud. Destaca, de nuevo, la prevalencia de los programas de clemencia desde el punto de vista de la aplicación pública del Derecho de la competencia frente a la aplicación privada del mismo.

Lo que resulta concluyente es que la discrecionalidad para obligar a mostrar los documentos que se han presentado en los programas de clemencia la tiene el órgano jurisdiccional nacional competente. Las resoluciones de los órganos de defensa de la competencia preservan la aplicación pública del Derecho de la competencia frente a la aplicación privada del mismo. Sería oportuno valorar algunas medidas que, sin desproteger la reparación de los daños y perjuicios a aquellos que tienen derecho a los mismos, no pongan en peligro los programas de clemencia ni la efectividad de los mismos. Será la Directiva 2014/104/UE de daños la que intente resolver esta cuestión.

1.2.1 La Directiva 2014/104/UE de daños y perjuicios

El contexto jurisprudencial es muy relevante para el impulso de la Directiva 2014/104/UE y su estructura proviene de las sentencias *Courage* en 2001, *Manfredi* en 2006, *Pfleiderer* en 2011 y *Otis* en 2012³⁷⁹ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea³⁸⁰, el legislador comunitario pretendió garantizar el ejercicio eficaz y uniforme en toda la UE del derecho de las víctimas al pleno resarcimiento por el perjuicio sufrido así como la optimización de la interacción

³⁷⁹STJUE de 6 noviembre de 2012, asunto C-199/11, caso *Otis* y otros.

³⁸⁰Publicada en el DOUE 5.12.2014.

entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia y, en particular, de los programas de clemencia.

Para garantizar el funcionamiento del mercado interior, el ámbito de aplicación de la Directiva no se limita a las acciones de daños derivadas de las infracciones previstas en los artículos 101 y 102 TFUE, sino que se extiende a las acciones basadas en las infracciones del Derecho nacional de la competencia que en el caso de España están previstas en los artículos 1 y 2 LDC.

Por lo tanto, se aplicarán los artículos 101 y 102 TFUE aunque exista un pronunciamiento administrativo de la autoridad de la competencia basado exclusivamente en las normas nacionales de la LDC. A partir de la sentencia *Courage* en 2001, la jurisprudencia comunitaria desarrolló una serie de pautas que se deberán tener en cuenta en la articulación de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios en los Estados miembros. Nada impide que el juez que conozca de una acción de daños aprecie, como ocurrió en la sentencia del TJCE de 13 de julio de 2006 caso *Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a C- 298/04³⁸¹, que la práctica en cuestión afecta al comercio entre los Estados miembros, dando así entrada a las normas de la Directiva por la vía del artículo 3.1º del Reglamento nº 1/2003. Esas directrices han quedado recogidas en la Directiva de daños.

El derecho de cualquier persona al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos está recogido en el artículo 1.1º de la Directiva y los principios de equivalencia y efectividad, ya enunciados por el TJUE en las sentencias *Courage* y *Manfredi*, se encuentran en el artículo 4 de la misma. En consecuencia, están legitimados para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por prácticas contrarias a las normas de la competencia los clientes directos de las empresas, los consumidores y los clientes finales y los organismos públicos si hubieran sufrido daños o perjuicios consecuencia de la conducta anticompetitiva.

Por otra parte, una acción de indemnización de daños también podrá ser ejercitada por una de las partes del contrato contrario a las normas de competencia cuando ésta no haya tenido una responsabilidad significativa en la infracción, por hallarse en una posición de inferioridad, siempre que haya utilizado todos los cauces

³⁸¹STJUE de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 y C- 298/04.

jurídicos que estaban a su alcance. El Tribunal establece que incumbe al órgano jurisdiccional nacional examinar dicha posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte.

A este respecto se posiciona claramente el Tribunal Supremo en la sentencia del *cártel del azúcar*³⁸² cuando establece que aunque el cartelista haya negociado individualmente los precios con el cliente no priva a éste de su derecho a reclamar el sobreprecio porque queda claro que el cartelista que negocia con un cliente actúa dolosamente en la formación del contrato. Existe una maquinación engañosa en los contratos celebrados entre cartelistas y sus clientes y éstos deben quedar protegidos de manera equivalente a la protección que disfrutaban en caso de dolo y que regula el artículo 1261 y siguientes del Código civil³⁸³.

El artículo 3 de la Directiva define el pleno resarcimiento como el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses, en consonancia con los artículos 1.106 y 1.902 del Código Civil. Por su parte, el artículo 3.3º de la Directiva establece que el pleno resarcimiento en ningún caso conllevará una sobre compensación mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo, como son conocidas en el Derecho estadounidense y aunque la sentencia *Manfredi* dejara abierta esta posibilidad³⁸⁴. La realidad, como señala Salvador Codech, es que aunque se prevén indemnizaciones que tienen en cuenta los daños, los intereses legales y las costas, en la práctica las cuantías que se condenan a pagar pocas veces cubren los daños reales ocasionados³⁸⁵.

Para garantizar la efectividad de las acciones de los particulares en el marco de la aplicación privada con arreglo a las normas de Derecho civil y la efectividad de la aplicación pública por parte de las autoridades de competencia, es preciso que ambos instrumentos interactúen para garantizar la máxima eficacia de las normas sobre competencia. Por lo tanto, es necesario regular las condiciones de acceso a los documentos que estén en poder de las autoridades de competencia con objeto de evitar las divergencias entre las distintas normas aplicables.

³⁸²STS 5819/2013, de 23 noviembre de 2013 sala de lo Civil *cártel del azúcar*

³⁸³ALFARO, J., *op.cit.*, nota 242.

³⁸⁴BROKELMANN, H., “La Directiva de daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo* n° 37, 2015, p.7.

³⁸⁵SALVADOR CODECH, P., *op.cit.*, nota 350, pp. 12-15.

En la Directiva 2014/104/UE ya se prevé que la responsabilidad por las infracciones cometidas será de la persona jurídica y de la persona física, un hecho que ya estaba contemplado desde hacía años en la LDC, en el artículo 63 cuando se establece que se podrá llegar a multar con hasta 60.000 € a aquellos directivos de empresas que promovieran o impulsaran las conductas anticompetitivas. Responsabilidad que efectivamente se ha exigido en España hace poco con el *cártel del pañal*³⁸⁶.

El problema de interacción entre la aplicación pública y privada de las normas de defensa de la competencia inquietaba a la Comisión y consecuencia del mismo, se elaboró el *Libro Verde en 2005 sobre la reparación de los daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*³⁸⁷, y el *Libro Blanco en 2008 sobre las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*³⁸⁸.

El Libro Blanco reconocía la importancia de que los programas de clemencia siguieran siendo atractivos para las empresas privadas que hubieran participado en los cárteles porque era la única manera que tenía la administración de desmantelarlos. Además de una exención o reducción de la multa, a la empresa delatora se le ofrecían unas condiciones de seguridad y confidencialidad. La pregunta que ha intentado responder la Directiva de daños es si es posible mantener una coexistencia pacífica entre el programa de clemencia y la reparación del daño. A tal fin se aprueban algunas medidas de cooperación entre los órganos de defensa de la competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales.

El artículo 5 de la Directiva otorga total discrecionalidad al juez nacional para ordenar a ambas partes la exhibición de los documentos necesarios para iniciar el procedimiento. Los órganos jurisdiccionales nacionales podrán ordenar que la parte demandada o un tercero exhiban las pruebas que tengan en su poder, siempre bajo su estricta supervisión. El juez valorará la proporcionalidad, verosimilitud, pertinencia y contradicción antes de tomar su decisión. No obstante, estos criterios no impedirán que

³⁸⁶CNMC, Expediente S/DC/0504/14 AIO de 26 mayo de 2016.

³⁸⁷COMISIÓN EUROPEA, *Libro verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas 19.12.2005, pp. 1-13.

³⁸⁸COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas 2.04.2008, pp. 1-14.

los Estados miembros introduzcan normas que lleven a un sistema de exhibición más amplia de las pruebas.

Sin embargo, junto a la regla general, se imponen bastantes limitaciones. Se exige que la petición de la prueba se refiera a piezas específicas y sea lo más acotada posible. También debe ser proporcional valorando la solidez de la acción ejercitada, el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas con objeto de evitar las búsquedas indiscriminadas asegurando la confidencialidad de la información. Incluso se reconoce la necesidad de proteger la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente que fue una materia que no se incluyó en el Reglamento nº 1/2003.

La Directiva recomienda al juez que analice la pertinencia de la petición con objeto de no conceder al demandante más de lo que estrictamente necesita. Ello no impedirá que el juez pueda denegar las pruebas cuando la divulgación de las mismas pueda lesionar el interés del demandado o de terceros cuando se trate de secretos comerciales o de cualquier otra naturaleza confidencial o reservada.

El artículo 6 de la Directiva establece unas reglas especiales para los expedientes de las autoridades de competencia que se acumulan a las medidas de carácter general previstas en el artículo 5. Dentro de las mismas, señala que el juez civil no podrá en ningún momento ordenar que una parte o un tercero exhiban las declaraciones de la empresa en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción.

A este respecto, es bastante interesante la clasificación que realiza Brokelmann respecto a los documentos que obran en poder de las autoridades de defensa de la competencia. Desde su punto de vista, existirá una lista negra que incluirá los documentos autoinculpatorios que ha otorgado la empresa infractora dentro de un programa de clemencia³⁸⁹. Estos documentos no serán admisibles como prueba y gozarán de una protección especial como recoge el artículo 15 bis de la LEC. Esta medida otorgará más seguridad jurídica al procedimiento porque hasta hace poco se concedía discrecionalidad absoluta a los órganos judiciales para utilizarlos como prueba o no. Y si se admitían como prueba, necesitaban unas garantías especiales.

³⁸⁹Artículo 6.º de la Directiva 2014/104/UE.

Además, existirá una lista gris que la conforma aquella información preparada específicamente para el expediente administrativo dentro del programa de clemencia y su exhibición solo podrá hacerse una vez que haya concluido el procedimiento administrativo³⁹⁰. Fuera de las listas negra y gris, todos los demás documentos podrán exhibirse por orden del juez³⁹¹.

La autoridad de la competencia podrá comparecer por propia iniciativa en calidad de *amicus curiae* ante el juez llamado a decidir sobre la admisibilidad de la exhibición para manifestar su punto de vista acerca de la proporcionalidad de los requerimientos de exhibición, erigiéndose así en co-garante del sistema público de aplicación de las normas de la competencia en los términos previstos en el artículo 15.3º del Reglamento nº 1/2003. La comparecencia e intervención de la autoridad de la competencia será voluntaria y el juez deberá aceptarla necesariamente y no podrá desestimar sin suficiente motivación el punto de vista que exprese aquélla.

La Directiva autoriza la solicitud motivada del demandante para que el juez acceda a las declaraciones de clemencia y de transacción. La autorización no tiene como finalidad la exhibición de la pieza de clemencia para su incorporación al pleito civil, sino que el juez evalúe, asistido por la autoridad de competencia, la información que esté protegida por la inmunidad absoluta y la que, por las mismas razones, no goza de inmunidad, sin permitirse en ningún caso el acceso al expediente y la participación en el examen y evaluación de las partes o de terceros salvo que se trate de los autores de las pruebas y deban por lo tanto ser oídos. En la práctica, dilucidar caso por caso qué información, dentro de la pieza de clemencia o de la pieza de transacción, queda acogida a la inmunidad absoluta de exhibición, y cuál no, es bastante complicado por lo que la decisión del juez es determinante³⁹².

El juez deberá limitar la exhibición de las declaraciones de auto-inculpación en la pieza de clemencia o en la pieza de transacción en la línea de lo que ya estableció el TJUE en las sentencias *Pfleiderer*, asunto C-360/09 y *Donau Chemie*, asunto C-536/11.

³⁹⁰ Artículo 6.5º de la Directiva 2014/104/UE; BROKELMANN, H., *op.cit.*, nota 384, p. 23.

³⁹¹ Artículo 6.9º Directiva 2014/104/UE.

³⁹² YANES YANES, P., “Confidencialidad y clemencia en la Directiva de daños: una aproximación”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, por MORILLAS JARILLO (dirs.), M.J., PERALES VISCASILLAS, M.P., PORFIRIO CARPIO, L.J., 2015, pp. 1140-1162, en especial p. 1150.

La razón de la protección reside en la necesidad de que el infractor solicitante de clemencia no se encuentre en peores condiciones que los co-infractores que no cooperaron con la autoridad de la competencia.

La primera sentencia en la que el TJUE se tuvo que enfrentar a esta disyuntiva fue la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Pfleiderer* el 14 de junio de 2011, en la que declaró que corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, con arreglo a su Derecho nacional, determinar las condiciones en que debe autorizarse o denegarse el acceso ponderando los intereses protegidos por el Derecho de la UE. El Tribunal añadió que la regulación aplicable no debe ser menos favorable que la referente a otros recursos semejantes de naturaleza interna, ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación.

La jurisprudencia quedó consolidada con la sentencia del TJUE de 6 de junio de 2013, caso *Donau Chemie*, asunto C-536/11, en la que el Tribunal, basándose en el principio de efectividad, se opuso a una disposición de Derecho nacional en virtud de la cual el acceso a los documentos que figuraban en el expediente relativo a un procedimiento nacional de aplicación del artículo 101 TFUE, incluido el acceso a los documentos comunicados en un programa de clemencia, estaba supeditado únicamente al consentimiento de todas las partes en dicho procedimiento, sin que los órganos jurisdiccionales nacionales tuvieran posibilidad alguna de ponderar los intereses en conflicto. Ante la incertidumbre de la sentencia, el legislador comunitario optó por establecer una prohibición de acceso a los documentos de clemencia más sensibles y estableció unas reglas matizadas para las demás categorías de documentos.

La imposibilidad de acceder al núcleo del programa de clemencia quedaba compensada por la vinculación del juez con las resoluciones de la autoridad de la competencia nacional en orden a la constatación de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia³⁹³.

La vinculación se establecía entre los jueces y las resoluciones de las autoridades de competencia de un mismo Estado miembro, pero no en relación con las resoluciones de las autoridades de competencia de otros Estados miembros que solo tendrán el valor de principio de prueba. Por lo tanto, con la trasposición de la Directiva, a las

³⁹³*Ibidem*, p. 1155.

resoluciones de los órganos nacionales de competencia se les asignará un efecto vinculante en el proceso civil, cosa que no ocurrirá con las resoluciones de las autoridades de competencia de otro Estado miembro que solo tendrán el valor de principio de prueba según el artículo 9 de la Directiva.

Cuando se trata de cárteles ya reconocidos y sancionados administrativamente, es más fácil reclamar una indemnización por daños y perjuicios a las empresas que constituyeron el cártel porque ya se ha recogido previamente en una resolución administrativa. Se trata de una *follow on* o acción de seguimiento que continúa por la vía civil una resolución previa de una autoridad administrativa. De esta manera, se inicia una situación desconcertante para las empresas que se adhirieron a los programas de clemencia porque quedan completamente expuestas a una reparación civil de daños y perjuicios que les pueden reclamar los propios perjudicados en la vía jurisdiccional. Parece que la Directiva, aunque es aplicable a todo tipo de infracciones a las normas de la competencia, ha querido centrarse en estas acciones consecutivas o *follow on*³⁹⁴.

El artículo 9.2º de la Directiva sólo obliga a que las resoluciones de otras autoridades de la competencia sean reconocidas como principio de prueba de la existencia de una infracción de las normas de la competencia, lo cual no impide que cuando se trasponga la Directiva en cada Estado miembro, se reconozca efecto vinculante a las resoluciones firmes de cualquier autoridad nacional de la competencia.

Por lo tanto, las decisiones de las autoridades de competencia tendrán efecto vinculante en el pleito civil que motivará la aplicación privada del Derecho de la competencia. Pero ello no significa que al juez civil se le impida valorar la responsabilidad civil que previamente ha sido valorada por la autoridad de la competencia en vía administrativa. Una cosa es la prueba irrefutable de los hechos constitutivos de la infracción, y otra muy distinta la calificación jurídica que en cada ámbito de decisión y orden jurisdiccional aquéllos merezcan.

El artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE está pensado para asegurar la uniformidad del Derecho europeo de la competencia y añade un nuevo límite a la independencia del poder judicial. En efecto, esta norma amplía la competencia de las

³⁹⁴Artículo 6 del Reglamento nº 1/2003.

ANC en ciertos supuestos en que pasarán a ser las que decidan sobre los hechos y la constatación de la infracción. Se trata de una competencia paralela que afecta, por un lado, al ámbito administrativo y sancionador y, por el otro, al ámbito civil³⁹⁵.

En efecto, el ámbito del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE es, por un lado, más estricto y, por otro, mayor que el artículo 16.1º del Reglamento nº 1/2003. Su ámbito es más estricto porque la decisión administrativa tiene que ser firme para que tenga efecto vinculante ante los tribunales nacionales. Pero, al mismo tiempo, su ámbito es mayor porque el efecto vinculante de las decisiones administrativas que ponen fin a una infracción concurrencial no sólo alcanza a las que aplican el Derecho de la competencia europeo, sino también a las que aplican la legislación nacional del Estado miembro.

Ahora bien, el artículo 16.1º del Reglamento nº 1/2003 se centra en la aplicación coherente del Derecho de la competencia europeo y, por su parte, el artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE busca mejorar su eficacia en el ámbito civil, lo que permitirá alcanzar la eficacia del Derecho de la competencia tanto en el ámbito administrativo como en el civil. El objetivo del artículo 9 es mejorar la seguridad jurídica, eficacia y eficiencia procesal de las demandas de reparación de daños por incumplimiento de las normas de competencia. Permitir a una empresa infractora volver a plantear las mismas cuestiones ante la jurisdicción civil que las planteadas en el procedimiento sancionador es ineficiente, aumenta los costes del proceso judicial y contrario a la seguridad jurídica³⁹⁶.

Tal y como indica el Considerando 34 de la Directiva 2014/104/UE, la Comisión Europea debe velar por la aplicación coherente del Derecho de la competencia de la UE, orientando a las ANC y evitando incoherencias en la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, aumentando la efectividad y la eficiencia procedimental de las acciones por daños y así mejorar el funcionamiento del Mercado interior para las empresas y consumidores. Para cumplir con este objetivo, el artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE establece que la constatación del incumplimiento de la norma de la competencia en resoluciones firmes de una ANC no podrá volver a ser objeto de litigio. Se considera,

³⁹⁵CALVO CARAVACA, A.L. y SUDEROW, J., *op.cit.*, nota 343, p. 129.

³⁹⁶*Ibidem*, p. 130; SANCHO GARGALLO, I., *op.cit.*, nota 224, p. 935.

por lo tanto, que la constatación de la infracción ha sido establecida de modo irrefutable en relación a las acciones de daños iniciadas en el Estado miembro de la ANC que haya realizado dicha constatación.

En España, cuando ya existe una decisión de la Comisión Europea, la uniformidad en la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE está garantizada por el efecto obligatorio de esta decisión, pues los tribunales nacionales sólo podrán cuestionar su validez mediante una cuestión prejudicial al TJUE, que preserva la aplicación e interpretación uniforme del Derecho de la UE.

El efecto vinculante de la decisión administrativa para un juez civil está en su firmeza, que normalmente no sólo será administrativa sino también judicial. Se salva así el principal escollo constitucional y rompe el principio que hasta ahora regía en nuestro ordenamiento según el cual el efecto de la cosa juzgada previsto en el artículo 222 LEC no es aplicable entre órdenes jurisdiccionales distintos como el administrativo y el civil³⁹⁷. El juez civil queda vinculado por la constatación de una infracción del Derecho de la competencia, pero no respecto de los demás elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual.

La firmeza, por lo tanto, es el elemento clave para que un pronunciamiento de una jurisdicción distinta a la civil pueda vincularla. Ante un mero pronunciamiento administrativo carente de respaldo judicial, una resolución de la CNMC no puede desplegar ningún efecto vinculante ante la jurisdicción civil con objeto de evitar pronunciamientos judiciales contradictorios³⁹⁸.

No obstante, tras todo lo señalado, resultan iluminadoras las reflexiones que realizan Calvo Caravaca y Carrascosa González³⁹⁹ respecto a la validez que también tienen las resoluciones de las autoridades de competencia de otros Estados miembros que sí deben vincular a los jueces de los distintos Estados miembros. No solo por la aplicación del principio del reconocimiento mutuo sino porque si nos atenemos al artículo 6.3º Reglamento Roma II, los tribunales civiles pueden optar por el Derecho del mercado afectado de otro Estado miembro o del suyo propio. Efectivamente, el Derecho de la competencia no puede quedar circunscrito a las fronteras de un Estado, sino más

³⁹⁷BROKELMANN, H., *op.cit.*, nota 384, p. 9.

³⁹⁸*Ibidem*, p. 10.

³⁹⁹CALVO CARAVACA, A.L. y SUDEROW, J., *op.cit.*, nota 343, p. 157.

bien al alcance geográfico de una conducta concreta y éste se determina según los efectos de la misma. Tampoco puede quedar circunscrito al ámbito administrativo ya que tiene efectos en el ámbito civil, por lo que las normas civiles deben de ser adaptadas para garantizar la debida eficacia.

De esta forma, limitar la vinculación a las decisiones de la ANC del Estado miembro en el que se plantee la acción civil implica limitar los efectos de una decisión sancionadora a las fronteras de un Estado miembro aunque su alcance material sobrepase dichos límites. Esta situación restaría eficacia al Derecho de la competencia.

En caso de duda, el tribunal civil siempre podrá acudir a los Tribunales Europeos, tal y como establece el artículo 9.3º de la Directiva. Posibles situaciones de *bad forum shopping* se pueden corregir por el DIPr., que ya establece mecanismos que aseguran la competencia del tribunal más cercano al litigio y, en especial, la aplicación del Derecho más apropiado, el del mercado afectado.

Por último, como razonan Calvo Caravaca y Suderow, el demandante y perjudicado también deben de poder confiar en el resultado de un procedimiento sancionador planteado ante otro Estado miembro. Por lo tanto, para garantizar una aplicación eficiente, resulta necesario que la jurisdicción civil pueda reconocer las decisiones de las ANC nacionales y las de otros Estados miembros, siempre y cuando la parte demandada no se hubiese encontrado en una situación de indefensión durante dicho procedimiento. El efecto vinculante de las decisiones administrativas en materia de libre competencia no sólo se predica de las resoluciones del propio Estado miembro, sino también de las resoluciones finales de los demás Estados miembros de la UE. Todas estas normas persiguen un objetivo común, que es la eficacia del Derecho de la competencia en Europa.

A la hora de transponer la Directiva al ordenamiento español habrá que valorar algunos elementos como, por ejemplo, el nuevo plazo mínimo de prescripción de 5 años que aparece previsto en el artículo 10 de la Directiva. Este plazo exigirá, para adaptarlo al ordenamiento español, una modificación del artículo 1.968 del Código civil que ahora establece un plazo de prescripción de un año para las acciones de responsabilidad extracontractual. Este plazo no se puede equiparar a los plazos de otros países miembros e incluso de las CCAA de Navarra y Cataluña que tienen un plazo de 3 años. La

doctrina considera que sería deseable que el legislador español modificara esta disposición para todos los supuestos de responsabilidad extracontractual y no creara un plazo específico para las acciones de daños por infracciones al Derecho de la competencia.

Asimismo será necesaria la inclusión en el ordenamiento español de una norma especial en materia de prescripción que determine cuándo empieza a computar el plazo, su duración y las circunstancias en las que se interrumpe o suspende. El plazo no comenzará hasta que se haya producido el cese de la infracción y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tenerlo, de la conducta y su carácter ilícito, de la identidad de la empresa infractora y de la existencia del daño. Si existiera un procedimiento administrativo, deberá suspenderse hasta, al menos, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento.

El artículo 11 de la Directiva incide sobre la compatibilidad entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia porque establece varios privilegios para el beneficiario del programa de clemencia al señalar que solo será responsable conjunta y solidariamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, nunca será responsable por los daños causados a los compradores de las otras empresas que constituyeron el cártel. Asimismo el artículo 11.2º señala que su grado de responsabilidad corresponderá al del perjuicio que haya causado y no podrá exceder de este.

En opinión de Brokelmann, el artículo 11 de la Directiva puede dar problemas para trasladarlo al ordenamiento español porque habla de una responsabilidad extracontractual solidaria y el Código civil sólo regula la responsabilidad contractual solidaria en sus artículos 1137 y siguientes⁴⁰⁰. La jurisprudencia⁴⁰¹ suple esta laguna estableciendo que, en los supuestos en los que haya varios responsables sin que se les pueda atribuir una cuota individual de responsabilidad, la responsabilidad será solidaria a partir de la sentencia que establezca dicha solidaridad. La Directiva exige que la responsabilidad extracontractual de los infractores del Derecho de la competencia dentro de un cártel sea solidaria en el momento de producirse, pero la solidaridad

⁴⁰⁰BROKELMANN, H., *op.cit.*, nota 384, p. 12.

⁴⁰¹STS 528/2013, de 4.09.2013, sala de lo Civil.

contractual no se produce hasta la sentencia que la declara y sólo respecto de los infractores demandados por el damnificado lo cual conlleva múltiples problemas a la hora de transponer el artículo 11 de la Directiva.

El artículo 12 de la Directiva, en la línea de lo que ya existe, establece el principio de que el resarcimiento del daño no debe dar lugar a una sobre-compensación por encima del sobrecoste efectivamente sufrido en cada nivel de la cadena de suministro, evitando con ello indemnizaciones por encima del daño sufrido. Y el artículo 13 de la Directiva atribuye al infractor demandado la carga de probar cómo el demandante ha repercutido los sobrecostes sufridos en sus compradores. Lo que se conoce como *passing on*.

El artículo 17.1º recupera el principio de efectividad y subraya la facultad del juez civil para estimar el importe de los daños y perjuicios. Conforme al artículo 17.2º, se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios y el infractor tendrá derecho a rebatir esa presunción. Además se prevé que el juez civil podrá solicitar el asesoramiento de la autoridad nacional de la competencia en la determinación de la cuantía de los daños. Esta posibilidad ya aparecía prevista en el artículo 5.2.b) de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC y en el artículo 15 bis LEC.

Acorde al contenido del artículo 17, encuentra todo su significado la sentencia del TJUE de 6 noviembre de 2012, asunto C-199/11 *Otis*, cuyos antecedentes son que la Comisión declaró la existencia de un cártel y posteriormente reclamó los daños y perjuicios en vía civil. El Tribunal de Justicia consideró que la Comisión podía representar a la Unión ante un órgano jurisdiccional nacional que conociera de una acción civil de indemnización por el daño irrogado a la Unión por un acuerdo o una práctica prohibidos por el Tratado constitutivo que pudiera haber afectado a determinados contratos públicos adjudicados por diversas instituciones y órganos de la Unión, sin necesidad de que la Comisión tuviera un mandato especial.

Además, el Tribunal de Justicia consideró que la Comisión podía ejercitar ante un órgano jurisdiccional nacional una acción de indemnización por el daño irrogado a la Unión como consecuencia de un acuerdo o una práctica que habían sido declarados contrarios al Tratado constitutivo por una decisión de la Comisión. Esta contestación

despeja cualquier duda de que la Comisión Europea pudiera ser juez y parte en la aplicación administrativa del Derecho europeo de la competencia⁴⁰².

En efecto, a juicio del TJUE a la Unión le asiste ese derecho de reclamación de daños sufridos por la violación del Derecho europeo de la competencia. Precisamente, el Tribunal de Justicia distingue claramente la aplicación pública y la aplicación privada y, a tal efecto, puntualiza que *una acción civil de indemnización [implica] no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso. Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional.* Por lo tanto, la jurisprudencia del TJUE aclara que la decisión de la Comisión en la que se reconoce la creación de un cártel vincula al juez nacional y no podrá fallar en su contra, pero la valoración del daño, la relación de causalidad y el alcance por los daños y perjuicios corresponderá exclusivamente al juez nacional competente.

La solución extrajudicial de controversias entre los infractores y los damnificados por las prácticas contrarias al Derecho de la competencia se prevé en los artículos 18 y 19 de la Directiva. No se puede perder de vista que, en la práctica, muchas reclamaciones de daños se resuelven por la vía extrajudicial a través de un acuerdo transaccional porque son empresas que van a seguir trabajando juntas y quieren resolver los problemas cuanto antes. De hecho, como señala Sánchez Calero, a nivel europeo cada vez es más habitual recurrir a los procedimientos de transacción con el fin de alcanzar acuerdos⁴⁰³.

⁴⁰²ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España*, fecha publicación 1.05.2015 www.elderecho.com, visitada el 15.01.2017.

⁴⁰³SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil* vol. I, 37ª edición, Aranzadi, 2015, p. 224.

Y relacionado con el artículo 11.4º de la Directiva, se redacta el artículo 19 que establece beneficios para el coinfractor cuando se hayan alcanzado acuerdos extrajudiciales con la parte perjudicada. Lo que se pretende es incentivar los acuerdos extrajudiciales. En primer lugar establece que la reclamación se reducirá en proporción al acuerdo alcanzado y, en segundo lugar, la responsabilidad se convertirá en subsidiaria, únicamente será responsable cuando los demás co-infractores no puedan pagar los daños. Respecto a la relación con los otros responsables solidarios, el infractor queda liberado de las acciones de regreso que los demás pudieran tener contra él. Todas estas medidas actúan de incentivo para llegar a acuerdos extrajudiciales con la parte perjudicada sin necesidad de ir a los tribunales.

La Directiva de daños constituye un primer paso en el proceso de armonización de las legislaciones nacionales en materia de acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios en los supuestos de infracciones de la normativa de competencia. La armonización no es completa por varias razones. Por un lado, porque sólo se refiere a las acciones relativas a las infracciones de las normas de defensa de la competencia y no a otras materias como la protección de los consumidores o la responsabilidad por los productos defectuosos. Va a ser necesario elevar cuestiones prejudiciales al TJUE con frecuencia para ir resolviendo todas las dudas que puedan surgir.

Las acciones de los compradores indirectos, es decir, los consumidores finales, a pesar del respaldo recibido en la Directiva, se seguirán enfrentando a grandes dificultades que hacen que sea difícil que puedan prosperar. Se atisba un largo camino aún por recorrer. La Directiva no alcanza a todo el Derecho europeo de las obligaciones contractuales y extracontractuales por lo que la normativa nacional seguirá siendo relevante en este tipo de acciones. A este respecto es muy importante cómo se haga la transposición de la misma en España.

La Directiva intenta alcanzar una solución a la disyuntiva entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia pero no lo consigue. Es verdad que promueve las reclamaciones de daños y perjuicios y a la vez concede privilegios a las empresas que se han adherido a los programas de clemencia. Nada impide que el legislador español profundice más en esta materia porque con esta Directiva no se han terminado de aclarar estos dos vértices.

Tampoco se incluyeron en la Directiva 2014/104/UE las acciones colectivas a pesar de que figuraban en la primera propuesta que realizó la Comisión en 2009. La regulación de las acciones colectivas quedó relegada a una simple Recomendación de la Comisión. El considerando 13 de la Directiva señala que no se debe exigir a los Estados miembros que introduzcan mecanismos de recurso colectivo para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE. No obstante, la principal preocupación de las autoridades de competencia y de la Comisión es que el ejercicio no homogéneo ni monitorizado⁴⁰⁴ de las acciones de daños pueda acabar afectando negativamente al correcto desarrollo de los programas de clemencia que tanto interesan para el ejercicio de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

1.2.2 Las reclamaciones colectivas

La acción colectiva establece el acceso al proceso de pretensiones que afectan a una colectividad de personas. Suele tratarse de un grupo de personas tan numeroso que acudir a la acumulación subjetiva haría el proceso impracticable, siempre que lo pretendido en el proceso se sostenga en hechos jurídicos de los que se deriva un interés o derecho común a todos los miembros del grupo⁴⁰⁵.

El acceso a la justicia, la economía procesal y la prevención de los comportamientos ilícitos son las tres funciones que justifican la introducción de las acciones colectivas⁴⁰⁶ porque es cierto que el impacto económico de ciertos eventos puede originar derechos individuales en una multiplicidad de personas pero su escasa cuantía, la incertidumbre y la complicación de la prueba pueden desanimar al ejercicio individual.

⁴⁰⁴HERRERO SUÁREZ, C., “La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de Transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* vol. 8, nº 1, marzo 2016, pp. 150-183.

⁴⁰⁵CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, De Conflictu Legum, núm. 12, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 1-306, en especial p. 17.

⁴⁰⁶*Ibidem*, pp. 20-21; SUDEROW, J., *El Derecho Internacional privado en la aplicación privada del Derecho de la competencia: competencia judicial internacional y derecho aplicable a las acciones civiles derivadas de ilícitos antitrust*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, en especial p. 4; COROMINAS BACH, S., “Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea. La recomendación de 11 de junio de 2013”, *Revista General de Derecho Europeo* nº 34, Octubre 2014, pp. 1-30, en especial p.11.

La Comisión Europea lleva años trabajando en el desarrollo de las normas europeas sobre acciones colectivas en el ámbito del Derecho de la competencia y el Derecho de los consumidores. De hecho, la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores fue un éxito porque extendió la aplicación de la acción de cesación a los Estados miembros aunque su alcance fue limitado en los supuestos transfronterizos⁴⁰⁷.

Una propuesta de acción de grupo en materia de defensa de la competencia se realizó en el Libro Verde, de 19 de diciembre de 2005, relativo a la *reparación de los daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*⁴⁰⁸, posibilidad que confirmó posteriormente el Libro Blanco, de 2 abril de 2008, *sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*. En esta línea, se plantearon propuestas para elaborar un instrumento comunitario⁴⁰⁹ que permitiera superar la sectorialización propia de la tutela colectiva en Europa.

Por su parte, el Libro Blanco propuso unos mecanismos de compensación civil colectiva que fueron objeto de una consulta más amplia de la Comisión con objeto de abordar la situación específica de las demandas masivas en el ámbito de la defensa de la competencia, mientras garantizaba que existían mecanismos de protección adecuados contra el litigio abusivo. El Libro Blanco sugirió que los mecanismos de compensación civil colectiva se basaran tanto en acciones representativas a través de entidades cualificadas como asociaciones de consumidores, organismos estatales o asociaciones comerciales y en acciones de grupo.

La propuesta inicial de la Directiva de la Comisión en abril de 2009 incluyó una regulación de las acciones colectivas de daños pero no llegó a aprobarse por el fuerte rechazo que la regulación de las acciones colectivas aún generaba en Europa. Se trataba de la primera vez que la UE legislaba en el ámbito del Derecho procesal una materia hasta entonces reservada a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

⁴⁰⁷CARBALLO PIÑEIRO, L., *op.cit.*, nota 405, p. 27.

⁴⁰⁸COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final.

⁴⁰⁹CESE, Dictamen sobre el Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por el incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM (2008) 165 final 2009/C 228/06, DOUE 22.09.2009.

Por su parte, el Parlamento Europeo, a través de su Resolución *Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo*, de 2 de febrero de 2012, propuso que las acciones colectivas debían regirse por las normas europeas de DIPr. No obstante, el marco horizontal debía contemplar normas destinadas a impedir la búsqueda de los foros de conveniencia.

La Comisión destacó que la ausencia de un planteamiento coherente de esta materia a nivel de la UE podía afectar al disfrute de los derechos de los ciudadanos y las empresas y dar lugar a un reconocimiento desigual de los mismos, lo que resultaba más evidente cuando estábamos ante litigios transfronterizos. Un marco europeo coherente basado en las diferentes tradiciones nacionales ayudaría a reforzar la acción colectiva, ya fuera de cesación o de indemnización⁴¹⁰.

Finalmente, la Directiva 2014/104/UE no ha incluido ninguna regulación de las acciones colectivas, que figuraron en la primera Propuesta de la Comisión de 2009. Su regulación ha quedado relegada a la Recomendación 2013/396/UE de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión⁴¹¹.

Según el tipo de pretensión, el recurso colectivo puede adoptar la forma de acción *de cesación*, mediante la que se pretende el cese de la práctica contraria al Derecho, o de acción *de indemnización*, con la que se persigue la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. La Comunicación y la Recomendación de la Comisión abordan ambas modalidades de recurso colectivo sin perjuicio de las acciones de cesación vigentes ya en los Estados miembros con arreglo al Derecho de la Unión⁴¹².

⁴¹⁰COMISIÓN EUROPEA, Comunicación Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo, Estrasburgo, 11.6.2013 COM (2013) 401 final, pp. 1-18; MONTESINOS GARCÍA, A., “Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR”, *RedUR* nº 12, diciembre 2014, págs. 87-112, en especial p. 90.

⁴¹¹Publicada en el DOUE 26.07.2013.

⁴¹²COMISIÓN EUROPEA, Comunicación Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo, Estrasburgo, 11.6.2013 COM (2013) 401 final, pp. 1-18; COMISIÓN EUROPEA, Recomendación de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, 2013/396/UE, DOUE 26.07.2013.

No obstante, a las acciones colectivas de cesación e indemnización, se añade un subtipo de la acción colectiva indemnizatoria llamada por la doctrina acción consecutiva o *follow-on action* para aquellos casos en los que el daño masivo se ha producido por la infracción del Derecho de la competencia. En la práctica, el ejercicio de este tipo de acciones colectivas irá precedido de una decisión de la autoridad administrativa estatal o europea competente que constate la infracción del Derecho de la competencia. Lo que el legislador pretende conseguir es que los sujetos legitimados puedan iniciar una acción colectiva indemnizatoria apoyándose en el acto administrativo que declare la infracción. De este modo, en el proceso colectivo ulterior los sujetos afectados únicamente deberán probar la relación causal del daño, la actividad infractora del Derecho de la competencia y la cuantificación del mismo⁴¹³. Es decir, lo mismo que se ha observado de manera individual se puede aplicar ahora a los recursos colectivos.

En relación al procedimiento administrativo descrito y la acción colectiva consecutiva, la Recomendación establece dos principios: en primer lugar, no podrá iniciarse el proceso colectivo indemnizatorio consecutivo si el procedimiento administrativo no ha finalizado todavía. Por consiguiente, en el caso de que se hubiera iniciado el proceso colectivo sin haber finalizado el procedimiento administrativo previo, el órgano jurisdiccional deberá suspender el proceso judicial hasta la finalización del procedimiento administrativo. El segundo principio suspende la prescripción de la acción colectiva consecutiva hasta la finalización del procedimiento administrativo que determine la infracción del Derecho de la competencia.

La Recomendación 2013/396/UE también recoge los requisitos que deberán reunir las entidades representativas para poder ejercitar una acción colectiva. En concreto, las entidades legitimadas serán aquellas que no tengan ánimo de lucro, estén relacionadas con los intereses de los sujetos afectados y tengan capacidad legal y financiera para defender los intereses de sus representados. Se recomienda que todos los Estados miembros dispongan de sistemas de acción colectiva a nivel nacional que respeten los mismos principios básicos en toda la Unión.

⁴¹³COROMINAS BACH, S., *op.cit.*, nota 406, p. 20.

Un aspecto importante cuando se habla de las acciones colectivas es el procedimiento para integrarse o quedar fuera de las mismas que se materializa en los modelos de participación voluntaria *opt-in* y el de exclusión voluntaria *opt-out*. En el de participación voluntaria, el grupo incluye únicamente a aquellas personas físicas o jurídicas que han decidido adherirse a la acción colectiva y, por lo tanto, el resultado vinculará a todos los miembros que formen parte del grupo. De esta manera, aquellos sujetos que no han formado parte en el proceso, mantendrán la facultad de interponer una demanda individual si quisieran.

En el modelo de exclusión voluntaria, el grupo se compone de todos los individuos que pertenecen al grupo por haber sufrido daños o perjuicios derivados de la misma infracción, salvo aquellos que expresamente se han desvinculado del mismo. En este caso, la sentencia será vinculante para todos los sujetos que pertenecen al grupo definido excepto para aquéllos que expresamente se excluyeron.

La Comisión apuesta por el sistema de inclusión porque el sistema de exclusión puede dar lugar a demandas muy grandes en número y se podría abusar de ellas como ya ocurre con las *class actions* americanas⁴¹⁴. Toda excepción a este principio debe establecerse por ley o por resolución judicial y estar debidamente justificada por motivos de administración de la justicia. La teoría señala que quienes aleguen haber sufrido daños en un mismo supuesto de daños masivos deben poder adherirse a la parte demandante en cualquier momento antes de que se dicte la resolución definitiva o el asunto se resuelva válidamente de otra manera. Asimismo, todo aquél que pertenezca al grupo demandante deberá poder retirarse en cualquier momento antes de que se decida el conflicto⁴¹⁵.

En España, las acciones colectivas reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil se ciñen a la protección de los consumidores y usuarios. Esta norma procesal distingue entre los intereses colectivos de los consumidores o usuarios que estén perfectamente

⁴¹⁴FERRERES COMELLA, A., *Las acciones de clase (class actions) en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Actualidad Jurídica Uría y Menéndez nº 11, 2005, pp. 38-48, en especial pp. 39-41.

⁴¹⁵MONTESINOS GARCÍA, A., *op.cit.*, nota 410, p. 96; SUDEROW, J., *op.cit.*, nota 406, p. 13; COMISIÓN EUROPEA, Recomendación de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, 2013/396/UE, DOUE 26.07.2013.

determinados o sean fácilmente determinables y los intereses difusos de una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación⁴¹⁶.

Un ejemplo de reclamación colectiva que se está llevando a cabo en defensa de los consumidores es el caso de la demanda colectiva que la Organización de consumidores y usuarios (OCU) ha presentado ante los juzgados de lo mercantil de Madrid, contra el Grupo Volkswagen-Audi por el escándalo de las emisiones de CO2 de sus vehículos. Esta demanda reclama indemnizaciones por los perjuicios causados por el fraude de las emisiones, y a la misma se han adherido ya cerca de 4.000 afectados. Se basa en el artículo 11.1º de la LEC que reconoce que, sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios podrán defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados.

Y otro caso de demanda colectiva ha sido la presentada por Adicae contra las entidades financieras en España por la cláusula suelo que estas incluyeron en los préstamos hipotecarios de sus clientes sin informar a los mismos. Según la Directiva 93/13/CEE, se trataba de una cláusula abusiva que el Tribunal Supremo reconoció como tal con fecha de 9 mayo de 2013 y debía procederse al cese de la situación que originó el abuso. Sin embargo, el TS no reconoció retroactividad a la cesación de la cláusula abusiva y en una cuestión prejudicial que plantearon el juzgado de lo Mercantil de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante al TJUE, este se pronunció con sentencia de 21 de diciembre de 2016⁴¹⁷ reconociendo el carácter abusivo de la cláusula y la retroactividad a la fecha de la firma del préstamo hipotecario. Por lo tanto, se declara la nulidad y la reclamación de lo que se ha pagado de más al banco, además de ser necesario un ajuste por el capital pendiente que se dejó de pagar al banco y debería haberse pagado.

Carballo Piñeiro, por su parte, considera que la defensa colectiva también puede ser emprendida por un miembro del grupo. Parece que no hay nadie más interesado que las autoridades públicas y las asociaciones representativas para defender los intereses colectivos y difusos de un grupo; pero esta autora considera que cuando hay en juego intereses económicos de los miembros del grupo, la cosa cambia ostensiblemente

⁴¹⁶Artículo 11.2º y 3º de la LEC.

⁴¹⁷Sentencia del TJUE de 21.12.2016 sobre las cláusulas suelos, asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15.

porque entonces son ellos los que quieren ejercer su defensa⁴¹⁸. El artículo 7.3º LOPJ permite la actuación del grupo aunque su aplicación procesal no ha sido posible porque no se ha desarrollado legalmente.

El sistema de acciones colectivas español se asemeja al modelo de exclusión, a diferencia del sistema inclusivo que promueve la Comisión. Del artículo 222.3º LEC se desprende que la cosa juzgada despliega sus efectos no sólo respecto de los litigantes concretos, sino respecto de todos y cada uno de los consumidores y usuarios titulares de los derechos en cuestión, hayan sido o no parte en el proceso. Parece que la intención del legislador fue que no pudieran incoarse más procesos (colectivos o individuales) contra ese demandado por los mismos hechos⁴¹⁹.

A primera vista, parece que las acciones colectivas y la institución del arbitraje se excluyen mutuamente. Los procesos colectivos son complejos, implican numerosas cuestiones jurídicas y pueden llegar a afectar a un número muy elevado de personas, mientras que el arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos caracterizado por la autonomía de la voluntad de las partes y por su flexibilidad e informalidad. Se ha criticado que reconocer la posibilidad de interponer acciones colectivas en el arbitraje incumple los principios de rapidez, antiformalismo y gratuidad propios de este mecanismo. Parece preferible que la oferta de arbitraje se haga de modo individual a cada afectado.

A pesar de las diferencias que separan al arbitraje de las acciones colectivas, se considera que puede aportar ventajas importantes en los procesos colectivos. Parece muy útil optar por esta vía cuando, por ejemplo, hay que determinar los tribunales competentes cuando se está ante un litigio internacional porque serán las partes las que decidirán a qué tribunal someterse. El arbitraje como institución lleva implícito el acuerdo, el deseo de las partes de alcanzar un acuerdo.

La Comisión considera útil dar un paso más y recomienda a los Estados miembros el desarrollo de mecanismos de solución consensuada de litigios colectivos⁴²⁰. Por su parte, la doctrina considera que la posibilidad de arbitrar acciones

⁴¹⁸CARBALLO PIÑEIRO, L., *op.cit.*, nota 405, pp. 83 y 84.

⁴¹⁹COROMINAS BACH, S., *op.cit.*, nota 406, p. 10.

⁴²⁰COMISIÓN EUROPEA, Recomendación de 11 de junio de 2013, 2013/396/UE, puntos 27 a 30. La Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia

colectivas es una cuestión de tiempo⁴²¹. Holanda aparece como el precursor dentro del espacio europeo en promover acuerdos transaccionales a través de su transacción colectiva en materia de daños en masa⁴²².

La Recomendación quiere dar un trato preferencial a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Considera necesario el establecimiento de una vía extrajudicial alternativa al proceso judicial colectivo, a la que pueda accederse antes y durante el desarrollo del mismo. El acuerdo que pudieran alcanzar las partes en estas vías alternativas de resolución de conflictos siempre iría seguido de un control judicial. Y me viene a la cabeza el reciente acuerdo extrajudicial alcanzado por los bancos en España y los titulares de los préstamos hipotecados con cláusulas suelo.

En Europa, la desconfianza inicial hacia la tutela colectiva ha sido sustituida por el reconocimiento de la utilidad de ese mecanismo procesal que ha sido introducido con diversos matices en distintos ordenamientos jurídicos, limitado a áreas como la competencia desleal, la protección del consumidor y del trabajador. El derecho comparado demuestra que la tutela colectiva es una realidad, aunque multiforme, plenamente operativa⁴²³.

En la interpretación del artículo 6.1º.7º LEC, cuando los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso estén determinados o sean fácilmente determinables, para demandar en juicio, será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. No caben distinciones entre miembros del grupo nacionales y extranjeros, lo relevante es su afectación por el objeto del proceso colectivo⁴²⁴.

Ello no obsta a que los tribunales puedan decidir sobre la admisión a trámite de la demanda colectiva siendo proclives a descartar la heterogeneidad del grupo y a excluir de la acción colectiva a los miembros del grupo con nacionalidad, residencia, sede o domicilio en otro Estado miembro.

de consumo y por la que se modifica el Reglamento nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, en su considerando 27, no impide a los Estados miembros mantener o introducir procedimientos de solución alternativa de litigios que aborden conjuntamente litigios idénticos o similares entre un agente económico y varios consumidores, permitiendo así el desarrollo de procedimientos alternativos de solución de litigios colectivos.

⁴²¹MONTESINOS GARCÍA, A., *op.cit.*, nota 410, p. 107.

⁴²²*Ibidem*, p. 110.

⁴²³CARBALLO PIÑEIRO, L., *op.cit.*, nota 405, p. 25.

⁴²⁴*Ibidem*, pp. 87 y 88.

El hecho de que vengan al proceso intereses y derechos que se predicen de una pluralidad de sujetos hace pensar en su naturaleza pública con ánimo de excluirlos de la aplicación del Reglamento Bruselas I. No obstante, el RBI nos ayudará a resolver las cuestiones que susciten la competencia judicial internacional de las acciones colectivas.

El diseño del sistema de competencia judicial internacional responde a dos ideas que han quedado plasmadas en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 61/2000⁴²⁵ que establece que la jurisdicción no se puede ejercer ilimitadamente y que la asunción de jurisdicción no puede ser tan restrictiva que impida al demandante el acceso a la justicia, todo ello bajo una tutela judicial efectiva.

El carácter general del foro del demandado es aquel en que sus posibilidades de defensa son más altas y, por lo tanto, habilita su aplicación en el caso de que la demanda sea colectiva. A veces, la heterogeneidad del grupo que actúa como demandante puede interferir en la correcta concreción del foro especial por razón de la materia, haciendo imposible la determinación del tribunal en el caso concreto⁴²⁶. A este respecto, Carballo Piñeiro sugiere la creación de un foro exclusivo para las acciones colectivas en sectores donde hayan sido identificados intereses y derechos para los que haya sido prevista la tutela colectiva⁴²⁷. Con ello se persigue evitar la multiplicación de foros, en particular cuando los afectados se hallan muy diseminados geográficamente.

Tanto el Libro verde sobre recurso colectivo como el Libro Blanco relativo a la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia plantean reformar el RBI para dar atención específica a las acciones colectivas. Se trata de construir un foro que facilite los trámites y se propone el del domicilio del demandado o bien el tribunal del mercado más afectado. La construcción de un foro específico para las acciones colectivas dependerá en todo caso del legislador.

Para llevar a cabo la reclamación colectiva, la primera medida a adoptar es concederle publicidad a través de los medios de comunicación, como establece el artículo 15 LEC (el caso Volkswagen es muy claro), lo que plantea el problema de qué se va a comunicar a los miembros del grupo. La LEC no dice nada de quién tiene que

⁴²⁵Sentencia TC nº 61/2000, de 13 de marzo de 2000, BOE 14.04.2000.

⁴²⁶CARBALLO PIÑEIRO, L., *op.cit.*, nota 405, pp. 97-99.

⁴²⁷*Ibidem*, pp. 129 y 130.

pagar el coste de la publicidad y se sobreentiende que lo tendrá que asumir el demandante sin perjuicio de que si gana, pueda reclamar las costas del proceso.

Desde la perspectiva europea, la posibilidad de que más de una ley se pueda aplicar en el mismo proceso encarece el acceso al mismo en un contexto en el que hay dificultades para interponer acciones colectivas y donde es necesario desarrollar incentivos para encontrar interesados que quieren defender judicialmente sus derechos e intereses. La UE plantea la posibilidad de dar un tratamiento unitario a las pretensiones que se canalicen a través de las acciones colectivas, posibilidad que se ha de abordar en los dos sectores donde la Comunidad ha propuesto la introducción de las mismas como son el Derecho de la competencia y el Derecho de consumo⁴²⁸.

Efectivamente, el Reglamento Roma II prevé una norma de conflicto específica para la responsabilidad extracontractual derivada de actos de competencia desleal y actos anticompetitivos. El artículo 6 RRII rechaza la autonomía de la voluntad e impone la aplicación de la ley del mercado afectado, entendiendo por tal el territorio donde resultan afectadas las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores.

Esta regla, trasladada a una acción colectiva con un grupo heterogéneo que ha sido afectado en más de un mercado, representa la aplicación de más de una ley. La norma de conflicto obligará a aplicar la ley de los distintos mercados afectados. Sin embargo, el artículo 6.3º b) RRII intenta reducir las posibles leyes aplicables a una sola en los supuestos de pluri-localización del daño derivado del mismo acto restrictivo de la competencia. Se permite aplicar la *lex fori* siempre que coincida con el domicilio del demandado y uno de los mercados afectados. Hay que tener presente que cuando se regula la materia extracontractual (Derecho de la competencia), los únicos foros donde se puede reclamar por el total del daño son el domicilio del demandado o el lugar de producción de daño coincidiendo ambos en muchos casos.

La razón de ser de esta interpretación se halla en la uniformidad que introducen los artículos 101 y 102 del TFUE en materia de defensa de la competencia y que justifican la aplicación de la ley del mercado afectado cuando se trata del mercado comunitario. Es en este contexto en el que debe interpretarse el artículo 6.3º b) RRII

⁴²⁸CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, nota 405, pp. 200-202.

que, además, permite aplicar una acción colectiva cuando el grupo está compuesto por competidores, habiendo sufrido todos ellos daños en distintos países.

En resumen, las acciones colectivas suponen a día de hoy una opción válida para compensar los daños masivos y dispersos. Precisamente, muchos ilícitos anticoncurrenciales se caracterizan por generar este tipo de daños a lo largo de la cadena de distribución por lo que resulta obligado tratar la dimensión internacional de las acciones colectivas derivadas de ilícitos del Derecho de la competencia.

Si bien la Recomendación de la Comisión de 11 junio de 2013 instó a todos los Estados miembros a que se adhirieran a la acción colectiva, la Directiva 2014/104/UE ha dejado al arbitrio de los Estados miembros la decisión de introducir o no procedimientos de recurso colectivo para las acciones interpuestas por particulares para el efectivo cumplimiento del Derecho de competencia.

No se debe perder de vista que todas las acciones de cesación o de indemnización por la presunta violación de distintos derechos son litigios civiles entre dos partes de Derecho privado, incluso cuando una de esas partes tiene carácter colectivo, es decir, es un grupo de demandantes.

El recurso colectivo privado se considera un instrumento que brinda a los afectados por las infracciones acceso a la justicia y, en el caso del recurso colectivo indemnizatorio, la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños sufridos. Por lo tanto, la aplicación del Derecho de la competencia por las autoridades públicas y el recurso colectivo privado se complementan. Las acciones colectivas de daños y perjuicios deben tener la finalidad de garantizar indemnizaciones por los daños causados por una infracción.

Se conocen situaciones de reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia en el ámbito europeo. Es el caso de la multa de 519 millones de euros que impuso la Comisión en 2008 al cártel de la goma sintética⁴²⁹,

⁴²⁹COMISIÓN EUROPEA, Decisión C (2006) 5700 final, de 29 de noviembre de 2006, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 81 y 53 del Acuerdo EEE, asunto COMP/F/38.638, Caucho de butadieno y caucho de estireno-butadieno fabricado mediante polimerización en emulsión.

actuación que fue seguida por una reclamación de daños de los principales productores de neumáticos contra los fabricantes de goma sintética ante un tribunal de Londres⁴³⁰.

Por su parte, Sánchez Calero señala cómo el TS, en su sentencia de 21 de octubre de 2015⁴³¹, *sentó* jurisprudencia al reconocer la acumulación de acciones contra las entidades financieras en España a pesar de que existían algunas diferencias entre las circunstancias concurrentes en las acciones acumuladas⁴³².

Aunque las acciones colectivas por asociaciones representativas basadas en las infracciones de la normativa de defensa de la competencia sean una alternativa válida, la ausencia de reclamaciones podría explicarse por la ignorancia de los consumidores y por la falta de conocimiento de la existencia de esta posibilidad sin dejar de lado los altos costes que entrañan una reclamación colectiva de semejantes características⁴³³.

⁴³⁰ APARICIO ARROYO, A., “Acciones colectivas en el ámbito del Derecho de la Competencia comunitario”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 846/2012, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, p.2.

⁴³¹ STS Sala de lo Civil núm. 564/2015, de 21 de octubre de 2015, Madrid, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, <http://www.rdmf.es>, visitada el 11.01.2017.

⁴³² SÁNCHEZ CALERO, J., Acciones colectivas y acumulación de sanciones, diciembre 2015, <http://jsanchezcalero.com/acciones-colectivas-y-acumulacion-de-acciones/>, visitada el 01.10.2016.

⁴³³ MARCOS FERNÁNDEZ, F., “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *ICE 50 aniversario de la primera ley de competencia en España* n° 876, 2014, pp. 91-104, en especial p. 102.

II. LA DIMENSIÓN IUSINTERNACIONALPRIVATISTA EN RELACIÓN AL ALCANCE DE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA

La UE no posee un sistema de Derecho privado material completo al que los tribunales puedan acudir como sistema de referencia. Por esta razón y por la importancia de mantener una aplicación uniforme de los textos, la labor interpretativa del TJUE que hace posible establecer un significado y alcance común a todos los Estados miembros de los conceptos y categorías jurídicas utilizadas en los distintos instrumentos del DIPr. es fundamental.

Las diferencias que existen entre las normas nacionales de los distintos Estados miembros sobre competencia judicial y reconocimiento de las resoluciones judiciales hacen más difícil el funcionamiento del mercado interior en la UE. Por lo tanto, son necesarias disposiciones mediante las que se unifiquen las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil simplificándose los trámites para un reconocimiento y una ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales de los Estados miembros.

Como cualquier acción civil, las acciones por ilícitos anticoncurreneciales tienen que ser caracterizadas para determinar su naturaleza e identificar los factores de conexión más apropiados. A su vez, el factor de conexión establecido en la norma de conflicto sirve para fijar la ley aplicable a la acción y la competencia judicial internacional. El DIPr. se refiere a conceptos legales nacionales cuando resulta necesario y no a la normativa comunitaria en materia antitrust.

En el plano de la solución de controversias juega un papel muy importante el Reglamento nº 1215/2012, de 12 diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como el Reglamento Bruselas I bis, que unifica las normas de competencia judicial internacional e introduce un régimen muy favorable de reconocimiento y ejecución de sentencias. También existen Convenios multilaterales y bilaterales que

vinculan a España en la materia, y en el plano estrictamente interno, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y la ley de Cooperación jurídica internacional⁴³⁴.

El Reglamento nº 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como Reglamento Roma I (RRI) es el que aplicarán con carácter general los órganos jurisdiccionales para determinar la ley aplicable a un contrato internacional. El ámbito material se concreta en el artículo 1 que se refiere a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. Un contrato internacional, por definición, presenta vínculos con varios países. Esto choca con lo que establece el RRI que somete el régimen jurídico del contrato a una ley estatal como prevén los artículos 3 y 4 RRI.

Por su parte, el Reglamento nº 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido como Reglamento Roma II (RRII) se configuró como el primer instrumento del legislador europeo sobre ley aplicable y como complemento lógico del RRI. El RRII unifica las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales con la finalidad de evitar el *fórum shopping*, favorecer la seguridad jurídica y facilitar la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo⁴³⁵.

Tal y como ha destacado González Campos⁴³⁶, el análisis de la diversificación de las reglas o normas de DIPr. en los diversos ordenamientos estatales exige tener presente, en el caso de Estados plurilegislativos, el factor de diversificación que representa la coexistencia de varios ordenamientos internos en vigor, con un ámbito de aplicación determinado, sea territorial o personal, que puede llegar incluso a generar (frente a lo que sucede en el caso del ordenamiento español) la existencia de varios sistemas de DIPr., tal y como se aprecia en Canadá, Estados Unidos o Reino Unido. En sus reflexiones, el Prof. González Campos relativiza el alcance de esa diversificación materializada a través de normas destinadas a resolver esa específica categoría de los conflictos internos, ya que el factor histórico determina la diferente extensión del

⁴³⁴RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.), CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A. e YBARRA BORES, A., *Manual de Derecho Internacional Privado*, tercera edición, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 239 y 240.

⁴³⁵*Ibidem*, pp. 261-262.

⁴³⁶GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international Privé. Cours Général*, 287, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 2002, p. 68.

fenómeno: su alcance difiere de unos Estados a otros, y el concreto y autónomo bloque de constitucionalidad determinará el alcance de cada uno de ellos⁴³⁷.

Las cuestiones transnacionales que se suscitan en la aplicación privada del Derecho de la competencia se regularán por el DIPr. A diferencia del Derecho Internacional Público que marca los límites de actuación de las autoridades de competencia dentro de la soberanía de su territorio, el DIPr. regula los conflictos transnacionales que afecten a personas físicas y jurídicas en el ámbito del Derecho Privado⁴³⁸. La dimensión internacional de la aplicación pública permite entender las particularidades del Derecho de la competencia. La doctrina de los efectos, tanto en su dimensión pública como privada, sienta la base sobre la que se deben determinar los vínculos para la jurisdicción y en especial para determinar el derecho aplicable⁴³⁹.

La interrelación puede resultar especialmente estrecha en especial cuando la acción privada se basa en una vulneración del Derecho de la competencia sancionada por una autoridad administrativa. Este tipo de acciones, también conocidas como *follow on actions*, se basarán en la decisión sancionadora administrativa previa al procedimiento civil. La dificultad aumenta en aquellos casos en los que se añade un componente internacional⁴⁴⁰. El DIPr debe custodiar la seguridad jurídica, facilitar el acceso a la justicia y evitar situaciones injustas provocadas por la naturaleza internacional del asunto.

Antes de aterrizar sobre los instrumentos de DIPr para conocer el alcance de las infracciones en Derecho de la competencia y determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable a estos supuestos, existe una cuestión que se debe resolver con anterioridad. Es relativa al contenido de la materia contractual o extracontractual que me permitirá discernir si las normas de conflicto se regulan bajo un reglamento u otro. Siento la necesidad de aclarar si las infracciones a un contrato de compraventa internacional en donde se han contravenido los artículos 101 y 102 del TFUE deben calificarse como materia contractual o extracontractual y el por qué. Y para cerrar el capítulo, necesito conocer el alcance y los requisitos necesarios para

⁴³⁷*Ibidem*, p. 87.

⁴³⁸CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, edición 16ª ed., Volumen I, Editorial Comares, Granada, 2016, pp. 42-44.

⁴³⁹CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I. Parte General, La Competencia, Colex, Madrid, 2009, p. 310.

⁴⁴⁰SUDEROW, J., *op.cit.*, nota 406, pp. 5 y 6.

considerar a una norma como internacionalmente imperativa, no solo en su proyección a las infracciones en Derecho de la competencia sino también por su proyección a la Ley 12/2013 de la cadena alimentaria que ocupa un lugar destacado en esta investigación.

2.1 Materia contractual o extracontractual: una cuestión calificatoria

La distinción entre las obligaciones contractuales y extracontractuales originaria del DIPr de los distintos ordenamientos de los Estados miembros se introdujo con el Convenio de Bruselas de 1968. A pesar de su origen, el Tribunal de Justicia afirmó que era una herramienta independiente y especial. De hecho, la caracterización de las acciones por ilícitos antitrust con base en el Derecho Internacional Privado Europeo resulta bastante compleja⁴⁴¹.

No es el contrato lo que crea las obligaciones contractuales, éstas nacen de la voluntad unilateral de cada parte, reflejada en el contrato. Esta concepción tiene raíces muy antiguas en la Edad Media donde la palabra dada hacía de juramento y un juramento no necesitaba de otro juramento para ser válido, ya que obliga por sí mismo al sujeto que lo realiza. La voluntad unilateral y libre de una persona dirigida a otra persona es lo que crea la materia contractual.

Tradicionalmente se ha afirmado que la calificación como contractual de la materia de litigio no prejuzga la solución que finalmente se otorgue al caso cuando se deba decidir el derecho aplicable al mismo, que puede ser una solución diferente⁴⁴².

De este modo, se ha estimado que un litigio puede considerarse como un litigio relativo a una materia contractual y, por tanto, ser incluido en el artículo 7.1 RBI bis, pero el tribunal puede estimar que, una vez aplicado el artículo 7.1 RBI bis, el litigio deba recibir una calificación de materia no contractual a efectos de determinar la ley aplicable al mismo. Sin embargo, el Derecho de la UE trata de evitar ese desfase de conceptos. En efecto, se afirma que la calificación de una acción como contractual o extracontractual debería ser la misma cuando se aplica el RBI bis que cuando se aplican los Reglamentos Roma I y Roma II o cualquier otro instrumento elaborado por la UE⁴⁴³.

⁴⁴¹*Ibidem*, pp. 180-181.

⁴⁴²CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *op.cit.*, nota 438, p. 843.

⁴⁴³Considerandos 7 y 17 del RRI sobre el principio de coherencia conceptual entre los Reglamentos de la UE; Sentencia del TJUE 21 enero 2016, asunto C-359/14 y C-475/14, caso *Ergo Insurance*, fundamento 43.

Para Garcimartín Alférez, la parte que alegue que un concepto utilizado en un Reglamento europeo debe tener un significado diferente al que se sigue en otro Reglamento europeo debe argumentar dicha separación conceptual⁴⁴⁴.

Puede suceder que una parte inicie acciones legales contra otra parte y que ambas estén ligadas por un contrato. Debe entenderse que si la acción se ejercita como consecuencia de un comportamiento que constituye un incumplimiento de las obligaciones contractuales, solo en tal caso será una acción en materia contractual. Para precisar si ha habido incumplimiento del contrato debe examinarse el objeto del contrato⁴⁴⁵. Si se puede considerar razonablemente que la reclamación del actor está motivada por la inobservancia de los derechos y las obligaciones del contrato que vincula a las partes, se tratará de una acción en materia contractual. Si la acción ejercitada no está motivada por el incumplimiento de tales derechos y obligaciones, entonces será tratada de una acción en materia delictual o cuasidelictual⁴⁴⁶ como establece el artículo 7.2º RBI bis.

Si el supuesto litigioso puede dar lugar a responsabilidad contractual y extracontractual, será el demandante el que debe decidir qué tipo de responsabilidad prefiere elegir. No obstante, como señala Calvo Caravaca, el demandante no puede calificar jurídicamente su propia pretensión de modo vinculante para el juez. Será el tribunal el que califique la pretensión y establezca si se encuadra en la materia contractual o extracontractual. Por otro lado, la calificación a efectos de determinar la competencia judicial internacional no prejuzga la posterior calificación destinada a resolver el fondo del asunto⁴⁴⁷.

La materia contractual es una noción autónoma y propia del RBI I bis. Para determinar si el objeto del litigio constituye una materia contractual no debe recurrirse

⁴⁴⁴GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 391-395.

⁴⁴⁵CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 843-844.

⁴⁴⁶STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-548/12, caso *Brogstetter*, fundamento 23-27, CEBRIÁN SALVAT, M. A., "Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, en especial p. 327.

⁴⁴⁷CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 863-866.

al concepto que sobre tal noción se tenga en los derechos nacionales de los Estados miembros porque se trata de una noción europea⁴⁴⁸.

El TJUE ha interpretado de manera uniforme los conceptos contractual y extracontractual a pesar de no haberse definido de manera explícita los mismos. Con tal fin, los Reglamentos Bruselas I, Bruselas I bis, Roma I y Roma II deben complementarse⁴⁴⁹. Los Estados miembros necesitan un sistema coherente de normas de DIPr. y los Reglamentos de DIPr recogen esa inquietud en sus preámbulos⁴⁵⁰.

El Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia de 17 junio 1992, asunto C-26/91, caso *Handte*, que la materia contractual comprendía los litigios derivados de un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra. Y en las sentencias de 20 enero 2005, asunto C-27/02, caso *Engler* y en la sentencia de 14 marzo 2013, asunto C-419/11, caso *Ceská sporitelna*, la materia contractual presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basaba la acción del demandante. Lo relevante es que la obligación jurídica haya sido libremente asumida por una parte respecto de otra⁴⁵¹.

Más reciente, el TJUE volvió a confirmar en la sentencia de 21 enero de 2016, asunto C-359/14 y 475/14, caso *Ergo Insurance*, que el concepto de obligación contractual, en el sentido de este artículo 1, se refiere a una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra⁴⁵².

Para el Derecho de la UE, la diferencia entre materia contractual y materia delictual o cuasi delictual estriba en que la materia es contractual cuando la obligación surge de la voluntad de una persona que ha consentido libremente en obligarse a dar, hacer o no hacer algo frente a la otra parte, mientras que la materia es delictual o

⁴⁴⁸STJCE de 17 junio 1992, asunto C-26/91, caso *Handte*, fundamento 10; STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-419/11, caso *Ceská sporitelna*, fundamento 45; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *op.cit.*, nota 438, p. 842.

⁴⁴⁹MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., “Nuevas perspectivas en la calificación como contractual o extracontractual de las acciones de responsabilidad en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. II, pp. 440.

⁴⁵⁰*Ibidem*, pp. 444.

⁴⁵¹CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 888-890; STJCE de 20 enero 2005, asunto C-27/02, caso *Engler*, fundamento 51; STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-419/11, caso *Ceská sporitelna*, fundamento 47.

⁴⁵²ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 585; RODRÍGUEZ BENOT, A. et al., *op.cit.*, nota 434, p. 241.

cuasidelictual o extracontractual cuando la obligación nace de la Ley que impone a un sujeto el deber legal de dar, hacer o no hacer alguna cosa, con independencia e incluso en contra de la voluntad del sujeto obligado⁴⁵³.

De la jurisprudencia del TJUE se desprende una prioridad explícita de la calificación contractual en la tarea de delimitación. Solamente en el caso de que no resulte posible la calificación contractual se abrirá la puerta a la consideración de la responsabilidad extracontractual⁴⁵⁴. Por lo tanto, ambos tipos de responsabilidad se excluyen mutuamente.

Como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, las obligaciones extracontractuales tienen tres características: Una, su carácter internacional debido a que las actividades de las empresas, los Estados, las personas físicas, los consumidores y profesionales habitualmente traspasan las fronteras. Dos, los casos internacionales de responsabilidad civil extracontractual son muy complejos técnicamente y Tres, tienen un carácter plurilocalizado de tendencia mundial⁴⁵⁵.

Se constata cómo la responsabilidad civil extracontractual es uno de los campos del DIPr. en los que se manifiesta una mayor y más compleja litigiosidad internacional, así como una de las materias que ha sufrido un mayor desarrollo normativo. Estos avances han influido en la jurisprudencia y han influido en la codificación tanto internacional como interna del DIPr. De ahí el evidente atractivo que posee el estudio del Derecho de daños desde la perspectiva del DIPr⁴⁵⁶.

Para Esplugues, Iglesias y Palao, se entiende que la noción de materia delictual o cuasidelictual en el sentido del artículo 7.2º del RBI bis comprende toda demanda que tenga por objeto exigir la responsabilidad de un demandado por el daño causado⁴⁵⁷, no esté relacionada con la materia contractual del artículo 7.1º del RBI bis y que dicho

⁴⁵³CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1289 y 1290.

⁴⁵⁴ARENAS CARGÍA, R., “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, p. 399.

⁴⁵⁵CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1285-1286.

⁴⁵⁶ESPLUGUES MOTA, C. et al., *op.cit.*, nota 452, p. 641.

⁴⁵⁷Sentencia TJUE de 21 abril de 2016, asunto C-572/14, caso *Austro-Mechana*.

carácter extracontractual no pueda ser determinado al amparo de la normativa sustantiva del tribunal que conoce del litigio⁴⁵⁸.

Hasta la entrada en vigor del RRII, la misma acción podía considerarse contractual, a la hora de fijar la competencia judicial internacional y extracontractual, a la hora de determinar el derecho aplicable. Esta situación generaba mucha inseguridad. Los Reglamentos Roma I y II tienen entre sus objetivos el eliminar esta dualidad destacando la necesaria coherencia entre ambos. La mayoría de los casos conocidos hasta la fecha respecto a las infracciones en Derecho de la competencia suelen tener un carácter extracontractual, aunque también se han dado demandas basadas en contratos.

A falta de una definición del término extracontractual en los Reglamentos, el TJUE ha ido consolidando un concepto cuya nota principal es su carácter subsidiario, residual⁴⁵⁹ o negativo respecto del de materia contractual que tampoco queda claro⁴⁶⁰.

Por lo tanto, siguiendo el criterio residual mencionado, las obligaciones extracontractuales serán aquellas que no se deriven o no se hayan producido en el marco de una relación libremente asumida por las partes o por una parte frente a la otra. Si en el caso de la materia contractual, las obligaciones nacían de la voluntad de una persona que consiente en obligarse, en la extracontractual las obligaciones nacen de la ley, que impone un deber a la persona con independencia de su voluntad⁴⁶¹. Se adopta, por lo tanto, un concepto muy amplio.

Esta idea puede ayudarnos a entender la solución adoptada por el TJUE en la sentencia de 13 marzo 2014, en el asunto *Brogstetter* C-548/12 relativa a la fabricación en exclusiva de maquinaria de relojes. Si la norma invocada por el actor le permite exigir responsabilidad por la conducta del demandado sin necesidad de invocar el contrato, habrá que entender que ha optado por la vía extracontractual⁴⁶².

⁴⁵⁸ESPLUGUES MOTA, C. et al., *op.cit.*, nota 452, pp. 645-646.

⁴⁵⁹Sentencia del TJUE 18 julio 2013, asunto C-147/12, caso *Ofab*, fundamento 32.

⁴⁶⁰ABARCA JUNCO, A.P., GÓMEZ JENE, M., GUZMÁN ZAPATER, M., HERRANZ BALLESTEROS, M., MIRALLES SANGRO, P.P., PÉREZ VERA, E. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *Derecho Internacional Privado*, UNED 2ª edición, Madrid, 2016, p. 658.

⁴⁶¹CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *op.cit.*, nota 438, p. 1126.

⁴⁶²MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.*, nota 449, p. 467.

Esto mismo se desprende de las ocasiones en las que el RRII hace referencia a las obligaciones extracontractuales que aparecen conectadas con un contrato o con una relación previa que no estarían bajo las normas de conflicto de RRII. El artículo 14.1º b) del RRII permite a las partes que llevan a cabo una actividad comercial que elijan la ley aplicable a una obligación no contractual mediante un acuerdo negociado antes de que tenga lugar el daño. No todas las pretensiones conectadas con un contrato tienen que calificarse necesariamente de contractuales. Se pueden deducir distintos intereses a considerar como son los de las partes en unos casos, e intereses públicos más amplios en otros⁴⁶³.

La labor del TJUE va a seguir siendo necesaria para interpretar los términos contractual y extracontractual. Los casos más complejos son aquellos en los que se interponen pretensiones fundadas en normas sobre responsabilidad extracontractual entre personas vinculadas por un contrato. En estos casos, el TJUE se reafirma en la calificación autónoma, sin tomar en consideración la calificación de las legislaciones nacionales. La calificación requerirá un cuidadoso análisis de los hechos y de las normas para determinar si la acción se basa o no en un incumplimiento contractual⁴⁶⁴.

Para Calvo Caravaca y Carrascosa González, entender correctamente el término mercado es necesario para comprender cómo se regulan las infracciones al Derecho de la competencia, qué legislación será aplicable y cuál será la competencia judicial internacional en los casos de conflicto en supuestos transfronterizos.

Las normas y reglas propias de un mercado son tanto las normas de Derecho Privado como las de Derecho Público. En realidad, el único escenario geográfico que puede denominarse como mercado en sentido propio es el mercado nacional, es el único espacio económico estructurado sobre la idea de unidad regulatoria. Cuando se habla del mercado mundial o internacional no se trata de un auténtico mercado en sentido jurídico, significa que existen flujos comerciales transfronterizos, relaciones económicas entre sujetos radicados en distintos países. El mercado europeo tampoco es un auténtico mercado. El mercado nacional es el único y verdadero mercado excepto en el caso español donde las distintas CCAA han elaborado sus reglas propias de comportamiento en el espacio territorial de cada una de ellas, de modo que la técnica jurídica y técnica

⁴⁶³*Ibidem*, 469.

⁴⁶⁴Sentencia del TJUE 28 enero 2015, asunto C-375/13, caso *Harald Kolassa*, fundamento 43.

del mercado nacional se ha visto perjudicada cuando una norma de conflicto se remite a la Ley que regula un mercado o la ley del mercado en el que se desarrollan actividades económicas. Según el artículo 6 RRII, dicha norma de conflicto se remite siempre a la ley de un Estado, es la ley que regula ese mercado nacional. Por lo tanto, el caso español puede resultar algo más complejo que el resto de Estados miembros que no tienen esa organización administrativa en CCAA⁴⁶⁵.

El TJUE señala que constituyen casos de responsabilidad en materia delictual o cuasi delictual y no de materia contractual a efectos del RBI bis las relaciones jurídicas de responsabilidad derivada de daños a terceros ya sea una responsabilidad objetiva o por culpa, por acción u omisión. El artículo 7.2º RBI bis cubre un amplio espectro e incluye los daños derivados de ilícitos antitrust⁴⁶⁶ y competencia desleal.

El RRII establece la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que surgen de los actos que infringen el Derecho de la competencia. Se refiere a las sanciones civiles derivadas de dichos actos como son las reclamaciones de daños y perjuicios entre particulares que derivan de los actos que vulneran el Derecho antitrust dentro de la aplicación privada del Derecho de la competencia.

El RRII no establece la ley aplicable a las multas y sanciones que imponen las autoridades de defensa de la competencia en la aplicación pública del Derecho de la competencia. Estas sanciones están sujetas al Derecho Público aplicable, ya sea Derecho de la UE o Derecho nacional, según los casos. Las normas de Derecho de la UE que señalan el ámbito de aplicación espacial del Derecho de la competencia solo indican qué casos internacionales están sujetos a las sanciones de Derecho Público recogidas en el Derecho de la UE. Y las normas de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que señalan el ámbito de aplicación espacial del Derecho antitrust de producción interna, señalan también, exclusivamente, a qué casos internacionales son aplicables las sanciones de Derecho Público recogidas en el Derecho español de la Competencia.

⁴⁶⁵CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1353-1356.

⁴⁶⁶STJUE 23 octubre 2014, asunto C-302/13, *Lithuanian Airlines*, fundamento 28.

El considerando 23 del RRII que describe el concepto de competencia parece una norma en blanco⁴⁶⁷. La norma exige, para su propia aplicación, que el acto en cuestión resulte prohibido por el Derecho de la competencia europeo o por un Derecho nacional concreto. Para la aplicación del artículo 6 RRII no es suficiente con que un acuerdo entre empresas o una práctica concertada afecte al mercado de un país. Es preciso que dicha conducta esté prohibida por el Derecho de dicho Estado o por el Derecho de la UE.

Dentro de la legislación aplicable a las consecuencias privadas derivadas de infracciones del Derecho de la competencia, el artículo 6.3º a) RRII ordena aplicar un determinado Derecho estatal con independencia de lo que dispongan los criterios de aplicación en el espacio de tal Derecho estatal. También pueden ser varios los mercados afectados, de modo que el artículo 6.3º a) RRII puede conducir a aplicar distintos Derechos estatales a un mismo acto concurrencial. En ese caso, se aplicará a las consecuencias que produce un mismo acto anticoncurrencial la ley del Estado cuyo mercado resulte alterado. El artículo 6.3º a) RRII es aplicable incluso si la conducta contraria al Derecho de la competencia produce efectos indirectos, superficiales o poco relevantes.

Cuando la conducta afecte o pueda afectar al mercado de varios países, el artículo 6.3º b) RRII trata de evitar la multiplicación de leyes aplicables y facilita la aplicación de una ley única en ciertos casos. En primer lugar, se aplicará la ley del domicilio del demandado y en segundo lugar, la *lex fori*.

Asimismo el artículo 6.3º b) RRII recoge los supuestos de concentración legal, en el caso de acciones colectivas transfronterizas, la legitimación activa se rige por la ley determinada por el mismo artículo 6.3º RRII y en el punto de conexión del artículo 4.1º RRII se concreta la ley aplicable con relación a los efectos del acto ilícito en relación con la víctima desde un punto de vista privado, mientras que el artículo 6 RRII lo hace en relación al mercado desde un punto de vista público. La ley que regula la

⁴⁶⁷ Señala que el concepto de restricción de la competencia debe cubrir las prohibiciones de acuerdos entre empresas, las decisiones adoptadas por asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto evitar, restringir o distorsionar la competencia dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior, así como las prohibiciones relativas al abuso de posición dominante dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior, cuando dichos acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o abusos estén prohibidos por los artículos 81 y 82 del Tratado CE o por la legislación de un Estado miembro.

estructura de funcionamiento de un mercado que tiene una naturaleza pública, también regulará las consecuencias privadas en forma de indemnizaciones derivadas de la infracción de tales reglas de organización del mercado.

La defensa de la aplicación de la ley del mercado explica por qué el precepto impide que las partes elijan la ley aplicable a las consecuencias privadas de la vulneración del Derecho antitrust según lo dispuesto en artículo 14 RRII⁴⁶⁸. Las acciones privadas derivadas de esta vulneración son una consecuencia funcional de las reglas públicas de funcionamiento del mercado y siguen su mismo destino conflictual. La regulación del mercado se compone tanto de las reglas públicas como de las reglas privadas. No parece lógico que un comportamiento antitrust quede sujeto a una ley estatal por lo que se refiere a las normas públicas y a otra ley estatal diferente por lo que se refiere a las normas privadas⁴⁶⁹.

En los casos en que existen varios demandados, el perjudicado puede presentar su demanda ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de cualquiera de los demandados según establecen los artículos 4 y 8.1º RBI bis aunque aquí el peligro radica en especular respecto al *forum shopping*.

Los artículos 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y generan, para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar. Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales también tienen una función esencial en la aplicación privada de las normas de competencia. Los consumidores, las empresas y también las autoridades públicas (sentencia de TJUE *Otis*) pueden reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones antitrust.

En ocasiones, un contrato contrario al artículo 101 TFUE puede generar consecuencias que perjudican a un contratante. En dichos supuestos, la ley reguladora del contrato en cuestión, determinada por el RRI rige las consecuencias de la contrariedad de dichos contratos en el Derecho de la competencia y los daños que una parte del contrato puede solicitar a los responsables. En estos casos resulta operativo el

⁴⁶⁸GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, nota 444, p. 406.

⁴⁶⁹CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, p. 1355.

foro en materia contractual recogido en el artículo 7.1º RBI bis y no el previsto en el artículo 7.2º RBI bis que es el aplicable en los casos, más frecuentes, de ilícitos antitrust extracontractuales⁴⁷⁰.

Garcimartín Alférez considera que, al contrario de lo que ocurre en las obligaciones contractuales, no es habitual pactar de antemano una ley aplicable a un posible daño extracontractual. Y mucho menos es pactar esa ley cuando ya ha surgido el hecho dañoso o el mismo daño. Y es que ese pacto posterior será perjudicial para los intereses de alguna parte⁴⁷¹.

2.1.1 El Reglamento Bruselas I bis

El Reglamento 1215/2012⁴⁷², de 12 diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Reglamento Bruselas I bis (RBI bis), derogó el Reglamento 44/2001⁴⁷³ conocido como Reglamento Bruselas I. Este RBI bis constituye la piedra maestra del espacio judicial europeo y proporciona el marco jurídico básico de la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil de alcance patrimonial⁴⁷⁴.

En Europa, un demandante que quiera iniciar una acción contra una empresa en un asunto transnacional derivada de una infracción de las normas de la competencia, deberá basarse en el DIPr Europeo para determinar los tribunales a los que acudir y se regirá por lo que establece el RBI bis. El funcionamiento adecuado de la justicia exige reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten en dos Estados miembros resoluciones irreconciliables.

Brevemente voy a analizar tres supuestos que son de especial interés para el objeto de esta investigación. Por un lado, las compraventas de mercancía internacionales, los contratos de distribución y, por último y más importante, las infracciones al Derecho de la competencia. El razonamiento se debe a la aplicación al

⁴⁷⁰CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, p. 1356.

⁴⁷¹ABARCA JUNCO, A.P. *et al.*, *op.cit.*, nota 460, p. 672; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, nota 444, p. 406.

⁴⁷²Publicado en el DOUE el 20.12.2012 y en vigor a partir de enero de 2015.

⁴⁷³Reglamento 44/2001, de 22 diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Reglamento Bruselas I, publicado en el DOCE el 16.01.2001.

⁴⁷⁴FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 9ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2016, p.67.

caso práctico del final de esta investigación en el que se venden, distribuyen y comercializan peras conferencia con origen en La Rioja y como destino el mundo.

En defecto de foros de competencia judicial exclusiva o sumisión por las partes, el foro del domicilio del demandado constituye el criterio general de atribución de competencia como establece el artículo 4 del RBI bis. La jurisprudencia del TJUE sigue un principio general según el cual todas las demandas tendentes a que se declare la responsabilidad de un demandado, darán lugar a la aplicación de alguno de los criterios de competencia especial previstos en el artículo 7 del RBI bis.

El artículo 7.1º a) del RBI bis establece que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda.

Cuando se trate de una compraventa de mercaderías, la demanda se presentará ante los tribunales del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías según lo establece el artículo 7.1º b) RBI bis. Se designa de forma autónoma el lugar de cumplimiento de un contrato valorando la obligación que caracteriza el contrato principal. De esta manera, se centralizan todas las disputas que pudieran surgir en torno al mismo contrato para que conozca de ellas un único tribunal.

Ahora bien, el artículo 7.1º del RBI bis no define el contrato de compraventa de bienes ni el de prestación de servicios por lo que podría haber dificultades de interpretación en relación a demandas del Derecho de la competencia basadas en los contratos de distribución por ejemplo. El artículo 7.1º RBI bis otorga la competencia judicial internacional a los tribunales en los que se hubiere o debiere haber cumplido la obligación en cuestión. Así, el TJUE ha determinado que la obligación a tener en cuenta es aquella que corresponda con el derecho contractual en el que se base la demanda.

Los contratos de distribución son de naturaleza compleja porque no sólo se refieren a la venta de los productos del fabricante por el distribuidor sino que también incluyen servicios que el distribuidor tiene que prestar al fabricante en relación a sus productos como puede ser la manipulación y/o la conservación de los mismos.

El artículo 7.1º RBI bis determina el foro del lugar en el que, según el contrato, se deban prestar los servicios. El distribuidor podrá demandar a la contraparte en el foro del lugar en el que los bienes son distribuidos. Los contratos de distribución se caracterizan porque la prestación de la distribución suele limitarse a un territorio concreto en el que el distribuidor tiene su domicilio. De esta forma, resulta sencillo determinar el foro que, muchas veces, coincidirá con el del mercado afectado. Esto también facilitará el trabajo al juez al conocer de primera mano el mercado y territorio en el que supuestamente se ha provocado el perjuicio a la víctima. En las demandas *follow on*, la resolución sobre la que hayan basado la reclamación probablemente se refiera al mercado en el que actúa el distribuidor. Aunque esto no siempre es así porque a veces el distribuidor tiene su sede en un lugar diferente a la zona en la que distribuye los servicios.

En el caso contrario, cuando el proveedor sea el demandante, se acudirá al tribunal del domicilio del distribuidor por ser la norma general establecida en el RBI bis. Además, si coinciden el domicilio del distribuidor con el mercado afectado y existe, además, una resolución de la autoridad de competencia nacional, todo resultará más sencillo.

En aquellos casos en los que la distribución abarque varios Estados miembros, la competencia judicial internacional se determinará valorando el nexo más cercano entre el contrato y el tribunal competente. Este lugar se establecerá teniendo en cuenta criterios económicos y coincidirá con el principal lugar de distribución de los bienes del fabricante, es decir, con el mercado más afectado.

La materia delictual o cuasidelictual se menciona explícitamente en el artículo 7.2º RBI Bis y comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual en el sentido de lo previsto en el artículo 7.1º del RBI bis. Las pautas dadas para la materia delictual o cuasidelictual son las que el TJUE ofrece para la obligación extracontractual en el marco del RRII como se establece en las sentencias *Handte*, *Ceská sporitelna* y *Ergo Insurance*, entre otras.

Asimismo se regula un foro especial en materia de obligaciones extracontractuales previsto en el artículo 7.2º RBI bis que es el lugar donde se hubiere

producido o pudiese producirse el hecho dañoso. El foro del artículo 7.2º es un foro tanto de competencia judicial internacional como de competencia territorial y otorga competencia a los tribunales de un concreto lugar determinado y no solo a los tribunales de un Estado miembro en su conjunto⁴⁷⁵.

La existencia de este foro se justifica porque designa como competentes a los tribunales ante los cuales el coste de litigación internacional es el más reducido para ambas partes. Son tribunales próximos al litigio⁴⁷⁶ y que, por ello, comporta costes de litigación internacional reducidos para ambas partes. Además, este foro no persigue favorecer a ninguna de las partes en el litigio, ni a la presunta víctima ni al presunto causante y/o presunto responsable del presunto daño. Al fin y al cabo, el lugar donde se ha producido el hecho dañoso es el lugar donde, con una alta probabilidad, se deberán recabar pruebas, datos y hechos que son necesarios para que los tribunales puedan decidir adecuadamente el litigio.

La regla del artículo 7.2º del RBI bis, que se refiere a la materia extracontractual, establece que la demanda se interpondrá en el lugar donde se hubiera producido o pudiese producirse el hecho dañoso. Se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño. Como señala la sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015, en el asunto *Cartel Damage Claims (CDC)*, caso C-352/13, esta regla se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencias a éstos por razones de buena administración de justicia y de sustanciación adecuada del proceso.

Cuando nos encontramos con las infracciones más graves a la legislación de competencia, con los cárteles, el lugar del hecho causal puede ser el de la constitución del cártel aunque puede ocurrir que no sea fácil identificar un único lugar porque el cártel se ha constituido después de la celebración de diferentes reuniones mantenidas en diversos Estados miembros de la UE. O puede ser el lugar donde el perjuicio se manifiesta o donde la empresa ha sufrido el daño.

⁴⁷⁵CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1288 y 1289.

⁴⁷⁶Sentencia del TJUE, 25 octubre 2012 asunto C-133/11, caso *Folien Fisher*, fundamento 33.

Respecto al artículo 7.2º del RBI bis, en el caso CDC el TJUE resuelve que, cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros a causa de una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE en la que han participado esos demandados en varios Estados miembros en diferentes momentos y lugares, el hecho dañoso se ha producido respecto a cada supuesta víctima considerada individualmente y cada una de esas víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel o del lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo pacífico, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social. El propio Tribunal, en el asunto CDC considera que el domicilio social de la víctima es el mejor situado para conocer de la demanda.

Asimismo, el TJUE, en la sentencia *CDC*, resuelve respecto al artículo 8.1º del RBI bis que la concentración de competencias en caso de pluralidad de demandados puede aplicarse en el supuesto de una acción para la condena solidaria al pago de una indemnización y para la presentación de informaciones en ese contexto contra empresas que han participado de forma diferente por la dimensión geográfica y temporal en una infracción única y continuada de la prohibición de cárteles prevista por el Derecho de la Unión y ello incluso si el demandante ha desistido de su acción frente al único codemandado domiciliado en el Estado miembro del tribunal que conoce del asunto.

Efectivamente, el artículo 8.1º RBI bis establece que si hubiera una pluralidad de demandados porque se tratara de la constitución de un cártel y los participantes del mismo pertenecieran a diferentes Estados miembros, la demanda se podrá interponer ante el tribunal de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieran vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente. Si hubiera un cártel, la demanda se podría interponer ante cualquiera de los Tribunales de las empresas que han participado en el cártel. Así ha quedado avalado también por las sentencias *Painer* C-145/10⁴⁷⁷ y *Sapir* C-645⁴⁷⁸. Esta

⁴⁷⁷STJUE de 1 diciembre 2011, asunto C-145/10, caso *Painer*; DE MIGUEL ASENSIO, P., *Pluralidad de demandados y tutela de la propiedad intelectual tras la sentencia Painer*, fecha publicación 5.12.2011, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>

regla debe interpretarse de manera restrictiva porque es una excepción al domicilio del demandado como regla general. Y también debe interpretarse de manera autónoma. Esta regla de competencia obedece al propósito de facilitar una buena administración de justicia, de reducir al máximo la posibilidad de procedimientos concurrentes y de evitar así resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente.

En última instancia, será el juez nacional quien decida si las cuestiones que se planteen ante su tribunal responden a las normas del Derecho de la competencia de la UE o no, con independencia de si afectan al mercado del foro o no. Esta solución parece la más adecuada teniendo en cuenta que el Derecho de la competencia se aplica más allá de las fronteras de cada Estado miembro y el mercado geográfico afectado puede ser más amplio que el territorio de los Estados miembro de la UE.

Por último, parece que el RBI bis no establece de forma clara la competencia judicial internacional respecto a las demandas que puedan surgir de los acuerdos horizontales entre los competidores. En este tipo de reclamaciones, la competencia judicial internacional se establecerá caso por caso dependiendo de cada situación.

2.1.2 El Reglamento Roma II

Como se ha puesto de manifiesto, cuando se habla de infracciones al Derecho de la competencia, es cierto que puede haber alguna vinculación contractual en algún caso específico, pero lo habitual es que se regule dentro de la materia extracontractual y por lo tanto, según lo dispuesto en el Reglamento nº 864/2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RRII). Antes de analizar este Reglamento con detalle, voy a destacar los aspectos más importantes del Reglamento nº 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI) para no desmerecerlo y por tenerlo en consideración dentro del análisis.

Lo primero y más importante es que estos tres Reglamentos de DIPr (RBI bis y RRI y RRII) se complementan con objeto de ofrecer coherencia en la materia que

⁴⁷⁸STJUE de 11 abril de 2013, asunto C-645/11, caso *Sapir*; DE MIGUEL ASENSIO, P., *Un apunte sobre el fuero de la pluralidad de demandados*, fecha publicación 15.04.2013, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>

regulan. Así, los tres instrumentos buscan establecer un marco común de DIPr para las obligaciones en materia civil y mercantil.

La regla general para establecer la ley aplicable a las obligaciones contractuales es la libre voluntad de las partes según se prevé en el artículo 3.1º RRI. Respecto a las implicaciones que esta norma tiene para la legislación de competencia, Garcimartín Alférez tiene claro que como el Derecho de la competencia protege el mercado y no puede quedar a expensas de la voluntad de las partes, se excluye la autonomía de la voluntad de las partes en estos supuestos.

El RRI se extiende a todas las obligaciones contractuales de naturaleza civil o mercantil, entre las que se encuentran las acciones derivadas por ilícitos anticoncurrenciales que se basan en contratos de compraventa de productos, distribución y/o servicios. Es verdad que pueden surgir demandas sobre la validez de un contrato con objeto de que sea declarado nulo e ilegal por ser contrario al Derecho de la competencia. Debido a que ni el TFUE ni el TJUE han definido las consecuencias de la nulidad de aquellas previsiones del contrato que sean contrarias a los artículos 101 y 102 TFUE, el Derecho u ordenamiento jurídico que hayan escogido las partes será el que determine si el resto del contrato continua vigente o no.

Estos contratos pueden llegar a tener un alcance internacional si cuentan con elementos extranjeros y/o surten efectos internacionales. Las acciones basadas en suministros transnacionales o en relaciones comerciales entre empresas situadas en distintos Estados podrán tener ese carácter internacional. Si la demanda se basa en un cártel que operaba a nivel nacional, habrá que analizar si existen elementos objetivos internacionales, tales como la entrega de la mercancía en otro Estado⁴⁷⁹. Pero lo que queda claro es que las infracciones a la competencia y en concreto, la constitución de cárteles queda expresamente excluido del RRI (artículo 1º h) y desvía estas materias, por su carácter residual y negativo, a la regulación prevista en el RRII.

Algunos supuestos específicos con relevancia para esta investigación quedan recogidos en el RRI. Es el caso de las compraventas de mercancías previstas en el artículo 4.1º a) que establece que, a falta de ley elegida por las partes en el contrato, el

⁴⁷⁹GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, nota 444, pp. 360-362; CASTELLANOS RUIZ, E., *El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 23.

contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual. El artículo 4.1º f) establece que el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual. Cuando no se pueda determinar la ley aplicable según las reglas anteriores, será la ley del país con el que mantenga vínculos más estrechos.

En los casos de infracciones a las normas de defensa de la competencia, en muchos casos, el mercado afectado coincidirá con el domicilio del consumidor afectado por lo que el Derecho aplicable estará relacionado con el fondo del asunto y el juez estará mejor posicionado para conocer del asunto debido a la cercanía de las pruebas y de los hechos. El demandante tendrá que tener en cuenta que el pleito se regirá por la ley del Estado en el que se encuentre el establecimiento que haya provocado los daños y que probablemente coincida con el del mercado afectado.

El hecho de que el Derecho de la competencia sea un pilar de la política económica de los Estados miembros y forme parte del interés público puede provocar que a los tribunales les resulte especialmente difícil decidirse por una legislación u otra en este tipo de situaciones. Y esto lleva a la doctrina a preguntarse si un tribunal nacional puede en una disputa civil analizar el conflicto de leyes sobre las normas de competencia y su alcance territorial y en particular su aplicación extraterritorial⁴⁸⁰.

Ciertas consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. Efectivamente, el artículo 9 regula las leyes de policía que se aplican, como se verá, a los artículos 101 y 102 del TFUE que se consideran normas imperativas materiales que no pueden ser excluidas por mutuo acuerdo y deben primar sobre la legislación elegida por las partes. El Derecho de la competencia tiene sus propias normas para determinar el ámbito de aplicación de una norma u otra basados en los criterios del mercado. Su ámbito de aplicación se determinará de forma unilateral e incluso extraterritorial, además de considerarse ley de policía de aplicación obligatoria.

En ocasiones, un contrato contrario al artículo 101 TFUE puede generar consecuencias que perjudican a un contratante. En dichos supuestos, la ley reguladora

⁴⁸⁰CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op.cit.*, nota 438, pp. 1353-1356.

del contrato en cuestión, determinada por el RRI, rige las consecuencias de la contrariedad de dichos contratos en el derecho antitrust y los daños que una parte del contrato puede solicitar a los responsables. En estos casos resulta operativo el foro en materia contractual recogido en el artículo 7.1º RBI bis y no el previsto en el artículo 7.2º RBI bis que es el aplicable en los casos, más frecuentes, de ilícitos antitrust extracontractuales⁴⁸¹.

El Reglamento Roma II, por su parte, engloba todas las obligaciones que no se refieren a un acuerdo voluntario entre las partes y es complemento del RRI. El artículo 1.1º y 1.3º del RRII dispone que se aplicará a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que exista un conflicto de leyes. No se aplicará a las materias administrativas, lo que excluye las resoluciones que dicten las autoridades de competencia.

El artículo 4 establece la norma general que establece que la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la del país donde se produce el daño con independencia del país donde se hubiere producido el hecho generador del daño, cualesquiera que sea el país o países donde se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. Cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país.

El RRII tiene una particularidad importante respecto a la normativa de defensa de la competencia. En su artículo 6.3º contiene una norma de conflicto específica para aquellas acciones basadas en infracciones del Derecho de la competencia y, además, se le asigna un alcance internacional que no tienen el resto de normas previstas en los Reglamentos de DIPr.

El artículo 6.3º RRII establece que la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado. El artículo 6.3º RRII parece una aclaración del artículo 4 RRII donde el mercado afectado coincide con el lugar del daño aunque, en ocasiones, el mercado afectado y el lugar del daño no coincidirán por lo que el artículo 6.3º RRII se convertirá en *lex specialis*.

⁴⁸¹CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, p. 1356.

El considerando 21 del RRII establece que la norma especial del artículo 6 no constituye una excepción a la norma general del artículo 4.1º sino una aclaración a ésta. En materia de competencia desleal, la norma de conflicto de leyes debe proteger a los competidores, los consumidores y al público en general, así como garantizar el buen funcionamiento de la economía de mercado.

El artículo 6.3º se contextualiza dentro de la aplicación privada del Derecho de la competencia que apuesta por la aplicación privada como vía paralela a la aplicación pública controlada por las autoridades de competencia⁴⁸². Una buena parte de las acciones civiles que se deriven de un ilícito anticoncurrencial y en especial aquellas que se deriven de un cártel, tendrán carácter delictual por lo que el derecho aplicable a las mismas se regirá por lo establecido en el artículo 6.3º del RRII. A este respecto, la sentencia del TJUE de 28 julio de 2016 asunto C-191/15, caso *Verein y Amazon* razona de la misma manera.

Entre las dificultades que plantea el artículo 6.3º RRII destaca que se pueden emplear normas de conflicto distintas para la aplicación de las normas de mercado que tienen un carácter público y las normas delictuales que se encuadran en el derecho privado. En segundo lugar, las normas de mercado europeas y nacionales y su ámbito de aplicación no son idénticos. En tercer lugar, cabe preguntarse qué es realmente una obligación extracontractual por una infracción del Derecho de la competencia y cómo se diferencia de las obligaciones extracontractuales derivadas de un acto de competencia desleal recogidas en los artículos 6.1º y 6.2º del RRII.

El artículo 6.3º b) RRII es conocido como la *norma de concentración*, según la cual el demandante puede optar por la ley del foro siempre y cuando cumpla con una serie de requisitos.

Las obligaciones extracontractuales que se derivan de las restricciones a la competencia en el artículo 6.3º RRII deberán cubrir las infracciones tanto del Derecho nacional como del Derecho comunitario en materia de competencia. La legislación aplicable a esas obligaciones extracontractuales debe ser la del país en cuyo mercado esa restricción haya tenido un efecto o pueda tenerlo, con tal que el efecto sea directo y

⁴⁸²CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1353-1356.

sustancial. Cuando el daño afecte a más de un país, la aplicación de la ley de cualquiera de los países afectados se limitará al daño sufrido en ese país⁴⁸³.

Para el Abogado general en la sentencia *Verein y Amazon*, la competencia desleal engloba la utilización de cláusulas abusivas en condiciones generales de venta cuando pueda afectar a los intereses colectivos de los consumidores como categoría e influir en las condiciones de competencia del mercado.

El Derecho europeo sólo regula la prohibición de las conductas y no sus consecuencias civiles, es decir, las posibles acciones por daños y perjuicios. Éstas se encuentran reguladas en el Derecho civil de cada Estado. Por ello, tal y como ha establecido el TJUE, habrá que complementar la norma comunitaria con la nacional. La aplicación del Derecho de la competencia por parte de las autoridades de competencia nacionales y de la Comisión Europea quedará excluida del Reglamento porque son asuntos administrativos y no civiles o mercantiles como prevé el RRII. Si que quedará afectada por el RRII la aplicación privada del Derecho de la competencia y siempre que haya habido una sentencia o resolución firme que produzca efectos vinculantes en el plano civil⁴⁸⁴.

La distinción entre perjudicados directos o indirectos o la determinación de posibles infractores del Derecho de la competencia es un problema del ámbito material y no de la norma de conflicto. El ámbito de aplicación del RRII es universal como prevé su artículo 3 RRII puesto que cubre situaciones con independencia de su conexión a la UE, además de determinar la ley aplicable con independencia de que ésta sea la de un Estado miembro o no. El juzgado competente estará legitimado para conocer de los daños producidos a nivel mundial. No obstante, el ámbito de aplicación del artículo 6.3º RRII parece limitarse a distorsiones de la competencia que hayan afectado al mercado dentro de la UE. El artículo 6.3ºb) RRII tan sólo se podrá aplicar a demandas planteadas ante los tribunales de un Estado miembro debido al principio de afectación comunitaria.

Parece que la regla general debe ser el artículo 6.3º a) para las demandas por actos que restrinjan la libre competencia, tiene un ámbito universal y es de aplicación uniforme. Mientras que el artículo 6.3º b) debería ser la ley especial cuando afecte a

⁴⁸³Considerandos 22 y 23 del RRII; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op.cit.*, nota 474, pp. 653-654.

⁴⁸⁴CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, p. 1353-1356.

varios Estados miembros, es opcional y de ámbito europeo. Además, el artículo 6.3º b) parece diseñado exclusivamente para acciones contra cárteles lo que interesa mucho al objeto de esta investigación.

Si tomo en consideración la sentencia *CDC*, en el artículo 8.1º RBI bis se establece un criterio que facilita la concentración de las demandas frente a los distintos participantes ante un único tribunal. Si interpreto este artículo 8.1º RBI bis junto con el artículo 6.3º RRII, los Reglamentos de DIPr cobran un significado especial. El artículo 6.3.b) del RRII establece que, cuando se presenta una demanda frente a más de un demandado ante el tribunal del domicilio de uno de ellos, el demandante puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, lo que permite eludir las dificultades inherentes a la aplicación de distintas legislaciones de varios países en un mismo proceso. Este es un ejemplo claro de cómo se complementan los Reglamentos de DIPr para lograr una interpretación uniforme y coherente de los mismos. En el caso concreto de las acciones de indemnización contra los distintos miembros de un cártel cobra todo su significado⁴⁸⁵.

Por su parte, la sentencia del TJUE en el caso *Verein y Amazon* vincula los RRI y RRII con la Directiva 2009/22, de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Señala la sentencia que se promoverá la aplicación de las normas de DIPr relativas a la ley aplicable del Estado miembro en que se haya originado la infracción o la ley del Estado miembro en el que la infracción surta efectos.

Por su parte, la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan al consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones que se derivan del contrato. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor como establece el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE.

⁴⁸⁵DE MIGUEL ASENSIO, P., *Acciones de indemnización frente a cárteles: precisiones en materia de competencia judicial internacional*, 25 de agosto de 2015, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, visitada el 10.12.2016.

Respecto al artículo 6.1º de la Directiva 93/13/CEE, el TJUE acaba de dictar sentencia con fecha 21 de diciembre de 2016 en el asunto de las cláusulas suelo y declara que las cláusulas contractuales que se firmaron entre los consumidores y las entidades financieras son abusivas desde que se firmó el crédito por lo que obliga a los bancos a restituir las cantidades pagadas de más por los consumidores y a devolver al consumidor a la situación que hubiera tenido si no se hubieran aplicado nunca en su préstamo hipotecario esa cláusula abusiva.

El artículo 6.1º del RRII consagra como regla particular relativa a las obligaciones extracontractuales que se deriven de un acto de competencia desleal, la aplicación de la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados. Para la sentencia *Verein y Amazon* el país en que los intereses colectivos de los consumidores resultan afectados según el artículo 6.1º del RRII es el país en el que residen los consumidores a los que la empresa dirige sus actividades y cuyos intereses son defendidos por la asociación de protección de los consumidores interesada a través de dicha acción.

Por lo tanto, hay que distinguir por un lado la apreciación de las cláusulas afectadas y por otro lado, la acción de cesación del uso de dichas cláusulas. Esta distinción se impone para asegurar una aplicación uniforme de los RRI y RRII. En efecto, en el procedimiento individual iniciado por un consumidor, la ley designada como aplicable, como ley del contrato, puede ser diferente de la designada como aplicable, como ley delictual, a la acción de cesación.

El TJUE declara en la sentencia *Verein y Amazon* que la ley aplicable a una acción de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, dirigida contra el uso de cláusulas contractuales supuestamente ilegales debe determinarse conforme al artículo 6.1º del RRII mientras que la ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual dada debe determinarse con arreglo al RRI con independencia de que esa apreciación se efectúe en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶Considerando 58 de la sentencia *Verein y Amazon*, asunto C-191/15.

Por su parte, hasta la transposición de la Directiva 2014/104/UE, todas estas cuestiones de derecho material aplicables a la infracción de las normas comunitarias deberán regirse por las normas nacionales aplicables al fondo del asunto. La Directiva se refiere tan sólo a ciertos aspectos sobre las acciones de daños y perjuicios por infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE. Este instrumento podrá regular las distintas cuestiones abordadas en los documentos de la Comisión, pero no alcanzará a regular todo el Derecho de las obligaciones contractuales y extracontractuales por lo que la normativa nacional sigue y seguirá siendo relevante en este tipo de acciones. De ahí lo importante que es elegir correctamente el derecho aplicable.

2.2 Reglamentación sectorial material: incidencia de las normas materiales imperativas

Las normas *materiales* imperativas son las recogidas en el artículo 9 y son aquellas leyes de un Estado con las que el contrato presenta determinados vínculos y que resultan aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Se trata de normas de imperatividad reforzada, de orden público internacional o aplicables imperativamente al tráfico externo. El objetivo del artículo 9 RRI es proteger las normas imperativas o leyes de policía del foro⁴⁸⁷.

El artículo 9 RRI define una ley de policía como *una disposición cuyo respeto en un país se considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.*

Al hablar de las leyes de policía, no se pueda obviar a Guardans Cambó que fue el primer estudioso de las mismas con una publicación que vio la luz unos meses después de que se aprobara el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 donde se regularon por primera vez las leyes de policía en el artículo 7 del mismo.

Guardans realizaba diferentes clasificaciones de las leyes de policía. Según la eficacia de las normas, distinguía entre interna o internacionalmente imperativas. Interesan las internacionales, aquellas que son aplicables en el Estado en que han sido

⁴⁸⁷GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, nota 444, pp. 380-383; ABARCA JUNCO, A.P. et al., *op.cit.*, nota 460, pp. 647 y 648.

dictadas con independencia del Derecho rector de la obligación. Las reglas imperativas pueden contener en sí mismas una declaración expresa del legislador que les atribuya este carácter o desprenderse esa nota de su contenido o su finalidad. Para Guardans, el carácter imperativo de una norma debe buscarse exclusivamente en la voluntad de su autor.

Según el ámbito de aplicación, la norma imperativa podía tener un ámbito específico de aplicación (autolimitadas) o carecer del mismo. Asimismo, el ámbito de aplicación podía ser expreso o implícito, derivado del contenido y finalidad de la norma. Podía ser positivo o negativo, público o privado. No obstante, para Guardans, no hay una relación directa entre la naturaleza pública o privada de una norma y la voluntad del legislador sobre su ámbito de aplicación en el espacio que permita una identificación de estas categorías, sin perjuicio de que pueda criticarse la actitud del legislador que establece normas sin respetar la soberanía de otros Estados⁴⁸⁸.

Respecto a la jurisprudencia comparada, Guardans afirmaba que un tribunal aplicaba siempre las normas internacionalmente imperativas de su propio ordenamiento a todos los contratos internacionales, con preferencia al derecho extranjero. Esta idea se ha mantenido en la doctrina. La posibilidad de que se tomen en consideración en el foro disposiciones internacionalmente imperativas de otros Estados en un caso concreto es bastante antigua.

En resumen, no aparecía en la jurisprudencia una referencia a una conexión especial que determinara la aplicabilidad de las normas internacionalmente imperativas extranjeras. La toma en consideración de estas normas imperativas extranjeras se ha caracterizado por la discrecionalidad del órgano jurisdiccional y aún sigue siendo así, cuestión que fue muy criticada por el propio Guardans a pesar de que consideraba que las disposiciones del foro en materia de competencia con un carácter de Derecho internacionalmente imperativo había quedado demostrado⁴⁸⁹. Para la doctrina, el artículo 9.1º del RRI exige que se trate de Estados estrechamente vinculados con el

⁴⁸⁸GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1992, pp. 565-568.

⁴⁸⁹*Ibidem*, pp. 272.

contrato y de disposiciones materiales de imperatividad reforzada, aplicables cualquiera que sea la ley rectora del contrato⁴⁹⁰.

Las normas imperativas no son necesariamente normas de Derecho nacional o autónomo. En el marco de la UE se encuentran normas ordopolíticas y normas de protección cuya consideración como normas de policía es obligatoria⁴⁹¹.

En la decisión de aplicar las normas imperativas de terceros Estados es fundamental identificar el valor de protección o interés público que subyace en la norma imperativa, pues solo cabe su aplicación cuando ese valor o finalidad sea reconocido como legítimo en el propio sistema jurídico del juez: protección del consumidor, de la libre competencia, del medioambiente, etcétera. Más difícil resulta determinar en qué consisten las consecuencias de la aplicación que el juez debe ponderar. Es verdad que las consecuencias sobre las partes contratantes no pueden tener una importancia absoluta, dado que la aplicación de dichas normas se fundamenta en un interés público que justifica el límite a la autonomía de la voluntad. Lo que se pretende es evaluar un equilibrio entre los intereses de las partes en la ejecución o conservación del contrato y el juego de los intereses públicos en presencia, que oriente al juez en la dirección de una solución graduada y ponderada a las circunstancias del caso concreto⁴⁹². Lo que si queda claro es que las leyes de policía se deben aplicar de manera restrictiva⁴⁹³.

Las normas internacionalmente imperativas pueden pertenecer al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, la *lex fori* según el artículo 9.2º RRI o al Derecho del país de ejecución del contrato según el artículo 9.3º RRI. Para que una ley sea de policía, debe reunir varios elementos; un elemento normativo estructural porque son disposiciones imperativas, un elemento funcional porque su función es regular situaciones jurídicas internacionales cualquiera que sea la ley reguladora de la misma siempre que dicha situación esté comprendida en su ámbito de aplicación y, por último, un elemento material, protección del interés público/general manifestado en la organización política social y económica de un Estado⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op.cit.*, nota 474, p. 549.

⁴⁹¹*Ibidem*, p. 548; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, nota 444, pp. 380-383.

⁴⁹²FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, nota 474, p. 548.

⁴⁹³ESPLUGUES MOTA, C. et al., *op.cit.*, nota 452, p. 606.

⁴⁹⁴CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1023 y 1024.

Dentro de la identificación de las normas de policía, destaca las normas de la competencia o normas que protegen el acceso al mercado de los operadores económicos y normas de control de sectores económicos estratégicos o especialmente protegidos como el comercio de materias primas vitales para la economía nacional, nunca considerados como contratantes que se encuentran en una posición débil y necesitan protección. El ámbito de aplicación en el espacio de estas leyes de policía es marcado por cada Estado de forma separada. Ello significa que cada Estado determinará los casos en los cuales estamos ante normas de policía porque no pueden formularse reglas universales al respecto⁴⁹⁵.

Calvo Caravaca y Carrascosa González realizan un análisis profundo de las leyes de policía y realizan aportes muy enriquecedores. Para ellos, un Estado no puede dotar a su normativa interna de una aplicación internacional de modo que sea aplicable a los contratos internacionales solo porque dicha normativa así lo indique o solo porque el legislador estatal califique su propia normativa como ley de policía. Para que ocurra eso, deben concurrir los siguientes requisitos: Uno, que sea imperativa, debe exigir su aplicación al caso y al contrato en cuestión. Debe ser una norma imperativa no disponible por las partes, de modo que los intereses públicos que protegen queden salvaguardados si se garantiza su aplicación forzosa al contrato. Se debe aplicar exclusivamente a situaciones internacionales comprendidas en el ámbito de aplicación espacial de la Ley de policía, la situación debe estar comprendida dentro de su ámbito de aplicación. No cabe extender la aplicación de estas leyes más allá del ámbito expresamente marcado por el legislador. La Ley de policía debe indicar que su aplicación procede en casos internacionales y con independencia de cuál sea la Ley que rige el contrato según las normas de conflicto del RRI. Y en tercer lugar, debe ser una disposición esencial para la salvaguarda de los intereses públicos de un Estado como su organización política, social o económica. No basta con que el legislador diga que es esencial, debe ser esencial para ello.

Los legisladores nacionales suelen regular imperativamente situaciones enteramente nacionales y se olvidan de concretar si tales normas son aplicables o no al tráfico internacional. El artículo 9 RRI es claro al requerir que la ley de policía debe exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación

⁴⁹⁵ *Ibidem*, pp. 1026 y 1027.

cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el RRI. Para que estas normas internacionalmente imperativas del Derecho del foro resulten aplicables al contrato internacional, tales normas deben indicar expresamente su propia proyección a casos internacionales. Porque si no lo hacen, solo se aplica a casos internos o puramente nacionales. Por vía interpretativa no pueden crearse leyes de policía que el legislador no previó ni consideró. Para remediar el desfase legislativo del DIPr es precisa una acción legislativa, no interpretativa, pues de lo contrario se atribuye al legislador una intención y una voluntad de la que carece. En caso contrario, todo depende del juez competente que precisará si, a su juicio, una norma interpretativa es internacionalmente imperativa y se aplica a casos internacionales, lo que no parece muy conveniente por vulnerar el principio de previsibilidad del resultado de los litigios y el principio de seguridad en cuanto a la ley aplicable⁴⁹⁶. Esta idea defendida por Calvo Caravaca y Carrascosa González choca con la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-184/12, caso *Unamar* que otorga discrecionalidad para determinar si estamos ante una ley o no de policía al juez nacional.

El TJUE, en la sentencia de 18 de octubre de 2016 en el asunto *Nikiforidis* C-135/15, estableció que, en relación con el régimen de los contratos internacionales, el artículo 9.3º del RRI no es aplicable cuando de lo que se trata no es propiamente de la aplicación de una norma internacionalmente imperativa extranjera sino de su mera toma en consideración, es decir, de la posibilidad de tener en cuenta tales normas extranjeras como circunstancia de hecho relevante al aplicar la ley que rige el contrato internacional.

La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Nikiforidis* C-135/15 resulta clave para fijar el alcance del artículo 9.3º RRI y precisamente lo hace de modo que, en una primera valoración, limita el significado práctico de las modificaciones introducidas en el artículo 9.3º del RRI. El litigio principal en el marco del cual se plantea la cuestión es muy peculiar, en concreto la posibilidad de que un tribunal alemán dé efecto a medidas griegas para la reducción del déficit en relación con la rebaja del salario de los empleados del sector público respecto de un profesor de una escuela de primaria situada en Alemania y gestionada por Grecia cuando la ley aplicable al contrato de trabajo es la Ley alemana.

⁴⁹⁶CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1028-1031.

En el Reglamento sólo se contempla la posibilidad de dar efecto a leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas (y no de cualquier país con el que la situación tenga una conexión), y además tal posibilidad sólo se admite en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal.

La aportación básica de la sentencia *Nikiforidis* con respecto a la interpretación del artículo 9.3 del Reglamento Roma I consiste en aclarar que esa norma “*no se opone a la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía de un Estado que no sea el Estado del foro o el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato... lo prevea*”.

En síntesis, el Tribunal de Justicia establece que la mera toma en consideración de la ley extranjera, a diferencia de su aplicación en sentido propio, atañe ya a la aplicación de las normas materiales de la ley que rige el contrato y la posibilidad de tener en cuenta en ese marco la norma extranjera como circunstancia de hecho, de modo que no es propiamente una cuestión conflictual, que venga determinada por el Reglamento Roma I y haya sido unificada por este instrumento⁴⁹⁷. Entiende el Tribunal que el riesgo de inseguridad jurídica y de falta de previsibilidad que se asocia con la posibilidad de dar efecto a normas imperativas de ordenamientos diversos sólo se plantea en caso de aplicación en sentido propio de esas normas, pero no cuando de lo que se trata es de su toma en consideración como dato relevante en el supuesto de hecho de las normas de la ley que rige el contrato⁴⁹⁸.

De Miguel Asensio⁴⁹⁹ señala como ejemplo de la toma en consideración de normas de esa naturaleza en la línea del planteamiento adoptado por el Tribunal de Justicia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de marzo de 2016. La Audiencia Provincial toma en consideración, sin hacer referencia al RRI, normas internacionalmente imperativas rusas (que responden a objetivos no compartidos por nuestro ordenamiento) como elemento fáctico relevante a la hora de decidir sobre una

⁴⁹⁷STJUE de 18 de octubre de 2016, asunto C-135/15, caso *Nikiforidis*, fundamento 54.

⁴⁹⁸DE MIGUEL ASENSIO, P., *Reglamento Roma I: ámbito de aplicación temporal y normas imperativas de terceros Estados*, fecha publicación 18.10.2016, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>

⁴⁹⁹DE MIGUEL ASENSIO, P., *La sentencia Nikiforidis y la toma en consideración de normas imperativas extranjeras en los contratos internacionales: un ejemplo de la práctica española*, fecha publicación 19.10.2016, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, visitado el 03.01.2017.

demanda de resolución de contrato e indemnización, y, en concreto, al valorar, en relación con un acuerdo entre partes españolas y regido por el Derecho español que debía ser ejecutado en Rusia, si la entrada en vigor de ciertas normas internacionalmente imperativas rusas dio lugar a una situación de imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, parece que la mera toma en consideración de leyes de policía de otros países no representa una complicación mayor.

Respecto a la imperatividad de las normas, la doctrina considera que el Derecho europeo de defensa de la competencia previsto en los artículos 101 y 102 del TFUE son normas materiales imperativas o leyes de policía que deberán primar sobre las demás, aunque sean las de un país extranjero. Este tipo de normas regulan los cárteles, las infracciones de la competencia, las prácticas restrictivas del mercado y el abuso de posiciones de dominio⁵⁰⁰.

El TJUE, en la sentencia del caso *Courage* asunto C-453/99, declara que el artículo 101 TFUE constituye una norma fundamental que es esencial para el cumplimiento de los objetivos confiados a la UE y para el funcionamiento del mercado interior además de formar parte de la política pública y vincular a las empresas⁵⁰¹.

El ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE incluye también acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que no tienen domicilio dentro de la UE pero el acuerdo en cuestión se implemente dentro de la UE. No existen motivos por los que el ámbito de aplicación debía ser diferente en los litigios privados. De hecho, las normas europeas de competencia se caracterizan por tener efectos extraterritoriales, como ha ocurrido con la *Sherman Act* que se ha aplicado extraterritorialmente en algunas ocasiones.

No obstante, esta situación podría generar problemas cuando una sola relación jurídica se extendiera a varios países. En ese caso, se le podrían aplicar distintas normas de competencia, en función de los mercados que se vean afectados por la conducta. Conforme a lo previsto en el Reglamento nº 1/2003 y en los artículos 9.1º y 9.2º del RRI, el juez nacional tendrá que aplicar los artículos 101 y 102 TFUE si el acuerdo ha

⁵⁰⁰FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op.cit.*, nota 474, pp. 653-656.

⁵⁰¹Sentencia del TJUE de 20 septiembre 2001, Caso *Courage* asunto C-453/99, p. 6297.

sido implementado en la UE y tiene efectos sobre la competencia o el mercado interno europeo aunque las partes hayan optado por el Derecho de un tercer país.

El lugar de implementación del acuerdo es el factor principal que permitirá al juez aplicar las leyes de policía de un tercer país. No obstante, si la legislación del tercer país permitiese una conducta prohibida por la legislación de competencia comunitaria, el artículo 9.3º RRI señala que la normativa de competencia del tercer país no tendrá efecto en cuanto el mercado europeo esté afectado por la conducta. Estos problemas se evitarían si el artículo 9.3º RRI garantizase que la normativa de defensa de la competencia europea se aplicara solo en aquellos casos en los que el litigio tenga vinculación con la UE.

CAPÍTULO IV. LA LEY 12/2013 DE MEDIDAS PARA MEJORAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA ALIMENTARIA

I. Consideraciones introductorias

Es habitual leer en la prensa española noticias que entremezclan conceptos de la Ley de defensa de la competencia, la Ley de la cadena alimentaria y la nueva Agencia de Información y Control alimentarios (AICA) confundiendo los conceptos porque no están claros. Se genera más confusión al lector de la que ya tiene. Voy a poner unos ejemplos de que lo que ocurre: “Petición a la AICA para que investigue los bajos precios de la leche en Galicia”⁵⁰² porque existe una infracción de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, concretamente de su artículo 62. “Se solicita a la AICA una investigación por presunto caso de venta a pérdidas en aceite de oliva”⁵⁰³. Estas noticias abundan cada vez más en la prensa nacional, económica y agraria especializada. Y si no fuera porque la AICA no es competente para resolver estos asuntos, no pasaría nada.

Estos titulares llevan a pensar que la Ley 12/2013⁵⁰⁴ de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (LCA) ha creado, cuando menos, un debate social sobre unos temas delicados que antes también existían pero que la gente y/o las instituciones no sabían ni siquiera que representaban una infracción ni qué autoridad era la encargada de perseguirlos. Otra conclusión que extraigo es que el conocimiento de la legislación de competencia sigue siendo insuficiente, desolador incluso.

Cuando existe una vulneración de la libre competencia en el mercado, todo interesado o afectado debe dirigirse a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente en su caso, bien de ámbito autonómico si la hubiera, de ámbito nacional a través de la CNMC en Madrid o bien a través de la Dirección General de Competencia en la Comisión Europea. De las infracciones en competencia relacionadas con el sector agrícola será competente la DGAgri y no a la DGCom. Es decir, el sector agrícola a

⁵⁰²Revista CAMPO GALEGO, 9.05.2016, <http://www.campogalego.com/es/leche/peticion-a-la-aica-para-que-investigue-los-bajos-precios-de-la-leche-en-galicia>, visitada el 15.10.2016.

⁵⁰³EUROPAPRESS, 10.06.2016, <http://www.europapress.es/economia/noticia-coag-solicita-aica-investigacion-dia-presunto-caso-venta-perdidas-aceite-oliva-20160610104950.html>, visitada el 5.10.2016.

⁵⁰⁴Publicada en el BOE 3 agosto de 2013.

nivel europeo recibe un tratamiento *diferenciado*⁵⁰⁵ que destaca sobre el resto de sectores económicos porque estos serán desviados a Competencia y no a Agricultura.

Por su parte, cuando se producen las ventas a pérdida o ventas a resultados⁵⁰⁶, la AICA no es el organismo competente para perseguir, inspeccionar y sancionar estas conductas. Serán los organismos autonómicos correspondientes los encargados de hacerlo porque se trata de una competencia que se transfirió a las propias CCAA. Corresponderá al Departamento de Agricultura, Desarrollo Económico, Comercio u otro Departamento, según como se haya dispuesto en el Estatuto de Autonomía de cada CCAA respectivamente.

Por lo tanto no es de extrañar la confusión que reina entre la población que, cuando sufre una infracción de algún tipo y por fin la identifica (tarea no siempre fácil como se observa), no tiene ni la más remota idea de a quién debe dirigirse para salvaguardar sus derechos. Sin ánimo de desalentar, considero que la AICA está haciendo un gran trabajo, no puedo decir lo mismo de otros organismos con labor inspectora y sancionadora también. Está claro que aún queda mucho trabajo por hacer.

La diferencia de precios entre lo que cobra el agricultor/ganadero y lo que paga el consumidor en el punto de venta sigue siendo uno de los aspectos no resueltos por la Ley de la cadena alimentaria. Esta realidad se extiende a toda la UE. En la LCA no existe ninguna medida que permita actuar contra el abuso en los márgenes comerciales. Para Vidal Maté, esta ley ha supuesto el reconocimiento de determinados abusos pero no la corrección de los mismos⁵⁰⁷. Opinión que comparto.

Se acuña la expresión de la *doble presión inversa*⁵⁰⁸ cuando se alude a la debilidad negociadora de los productores cuando se enfrentan, por un lado, a un proceso de compra de insumos que son cada vez más caros y, por otro lado, al proceso

⁵⁰⁵Otro sector económico que recibirá un trato diferenciado respecto a las normas de competencia será el transporte por carretera porque tiene asignada una regulación específica que constituye una excepción a las normas generales de competencia en el Reglamento 169/2009, de 26 febrero de 2009. BELINTXÓN MARTÍN, U., “Derecho europeo, derecho del transporte y derecho de la competencia: algunas cuestiones de transporte y competencia relativas a los observatorios de costes de carácter público”, *Revista Vasca Administración Pública*, nº 103, septiembre-diciembre 2015, en especial pp. 76 y 77.

⁵⁰⁶El artículo 17.2º de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal la describe como la venta realizada bajo coste o bajo precio de adquisición. Práctica también conocida como *dumping*.

⁵⁰⁷MATÉ, V., “Atrapados en la cadena”, periódico *Noticias de La Rioja*, Logroño, 4.05.2016, p. 15.

⁵⁰⁸LAMO DE ESPINOSA, J., *op.cit.*, nota 9, pp. 65-68.

de venta de sus productos a compañías de gran dimensión y poder que cada vez estrechan más sus márgenes y les quieren pagar menos.

La Unión de Uniones de agricultores denunció que, mientras los precios que cobra el agricultor bajaron un 3,2 por ciento de media en el último trienio, de 2012 a 2015, los precios que paga el consumidor por su alimentación registraron un incremento del 3,1 por ciento. Esta situación que se produce en el sector agrario, la industria alimentaria o la distribución española, se repite como un calco en el conjunto de la UE⁵⁰⁹.

Las prácticas comerciales desleales suelen ser impuestas por una parte que se halla en situación de superioridad frente a otra que se halla en situación de inferioridad, la cual a menudo no está en posición de abandonar la relación desleal y buscar otro socio comercial debido a los costes que implica tal cambio o a su falta de alternativas. La Comisión recogió estas preocupaciones en el *Libro Verde sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas* en Europa⁵¹⁰ en 2013. La mayoría de las veces, estas prácticas afectan a productos frescos, perecederos y los agricultores no disponen de almacenaje por lo que el temor a que nadie les recoja su cosecha o que madure excesivamente en el campo es real. Esa realidad les conduce a aceptar condiciones desiguales en detrimento de sus propios intereses.

El argumento para defender las subvenciones agrarias en la última reforma de la PAC en 2013 fue disponer de un sector agrario fuerte y competitivo que apostara por la seguridad alimentaria al margen de los vaivenes de las producciones mundiales, tanto en volumen como en calidad de la oferta, todo ello a unos precios adecuados a la capacidad adquisitiva de los consumidores. Esta seguridad alimentaria suele poner en jaque las negociaciones bilaterales de los acuerdos comerciales entre potencias hegemónicas como ya ocurrió con el denostado TTIP. Al respecto, el posicionamiento de la Comisión respecto a la seguridad alimentaria es una defensa a ultranza de la misma.

⁵⁰⁹MATÉ, V., *op. cit.*, nota 507, p. 15.

⁵¹⁰COMISIÓN EUROPEA, Bruselas, 31.1.2013 COM (2013) 37 final.

Parece que contraviene el espíritu de la PAC el hecho de que se mantengan esos fuertes desequilibrios entre los precios que percibe el productor y los que paga finalmente el consumidor. El campo hace un esfuerzo por producir más barato y no se nota en la cesta de la compra del consumidor porque hay una subida excesiva de los precios en el camino. El ciudadano se pregunta para qué sirven las ayudas agrarias pagadas con sus impuestos si paga una alimentación más cara por esa cadena mal equilibrada. Desde las organizaciones agrarias, se pide al Parlamento Europeo que analice la situación que perjudica a los productores y a los consumidores en beneficio solo de un pequeño eslabón dominante de la cadena. Opinión que comparto plenamente. De qué sirve proteger durante años a nuestro sector agrícola para hacerlo competitivo, sostenible y generar empleo a través de él, si se permiten unos desequilibrios tan grandes en la cadena alimentaria que favorecen solo a unos pocos.

La aprobación de la Ley de la cadena alimentaria responde a varias inquietudes que alcanzaron su punto álgido en 2013. En primer lugar, las sucesivas reformas de la PAC pusieron de manifiesto que era necesario adoptar medidas para fortalecer el poder de negociación de los agricultores como eslabón más débil en la cadena alimentaria. Aparece como un imperativo que se debe atender a pesar de que la reforma de la PAC de 2013 fue criticada por generalista e inconclusa, por no dar respuesta a los problemas reales del sector. Es en ella donde surge la necesidad de abordar las normas de competencia en su relación con la PAC. Las instituciones comunitarias exponen abiertamente su preocupación⁵¹¹. Es cierto que existen estudios que analizan las resoluciones en competencia que vinculan al sector agroalimentario, pero son escasos y apenas concluyentes⁵¹².

Históricamente, el productor siempre ha sido la parte más débil. No solo porque desconoce las condiciones comerciales, si no porque les resulta muy difícil poner un precio a sus cosechas y porque, normalmente, están atomizados. Los productores son la parte que más sufre la asfixia de las negociaciones en el canal de venta. En el sector agrario, si el primer eslabón está atomizado, el escalón de la industria transformadora y

⁵¹¹CESE, Dictamen sobre las *relaciones comerciales entre la gran distribución y proveedores de productos alimentarios*, DOUE 9.05.2013; COMISIÓN, *Libro Verde sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa* en 2013, Bruselas, 31.1.2013 COM (2013) 37 final.

⁵¹²Los realizados por la autora Patricia Lamo de Espinosa.

la empresa distribuidora está concentrado en unos pocos por lo que se agrava aún más esa indefensión que sufre el pequeño agricultor o ganadero que está solo.

La Comunicación de la Comisión 2009/591⁵¹³ instó a los Estados miembros a mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria a nivel estatal y les concedió prerrogativas para hacerlo. En España se aprobó la Ley 12/2013 y a través del Real Decreto 227/2014, de 4 de abril, se aprobó el Estatuto de la AICA⁵¹⁴. Con la aprobación de esta ley específica y el organismo de control autónomo y propio, España se convierte en un referente dentro del panorama europeo.

El objetivo de la LCA es mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en la compraventa de alimentos y materias primas entre agricultores y ganaderos, fabricantes de alimentos y bebidas y distribuidores del sector agroalimentario. Algunos autores consideran que esta ley pretende ajustar la conducta de las grandes superficies que abusan de su situación de poder. Los más favorecidos por la aplicación de esta ley van a ser los agricultores y las empresas transformadoras.

La LCA en España es el resultado del debate producido en el seno de la Comisión Nacional de Competencia⁵¹⁵ (CNC) a raíz del *Informe sobre las relaciones entre los fabricantes y distribuidores en el sector agroalimentario en 2011*⁵¹⁶. La CNC consideraba que el excesivo intervencionismo público del texto legislativo podía constituir un riesgo para la libre competencia⁵¹⁷. No obstante, la aplicación de la LCA no se confió a las autoridades de defensa de la competencia sino a organismos y a instituciones administrativas especiales dependientes del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medioambiente (MAGRAMA).

⁵¹³COMISIÓN, Comunicación sobre *cómo mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa*, Bruselas, 28.10.2009 COM (2009) 591 final, pp. 1-16.

⁵¹⁴Publicado en el BOE el 30.04.2014.

⁵¹⁵Comisión Nacional de Competencia (CNC) que pasó a llamarse CNMC con la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 junio que creó la CNMC. Publicada en el BOE 5.06.2013.

⁵¹⁶CNC, Trabajando por la Competencia, *Informe sobre las relaciones entre los fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*, Madrid, 2011, pp. 1-174.

⁵¹⁷MOYA LATORRE, A. y GUILLÉN FERRER, M.J., *Impacto del nuevo proyecto de ley para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria*, Cuatrecasas Goncalves Pereira, Barcelona, 2013, pp. 663-676, en especial p. 666.

La LCA busca complementar el ordenamiento de defensa de la competencia. El artículo 7 de la LCA establece que *el contenido de las relaciones reguladas por la presente Ley, así como la aplicabilidad de los principios rectores en la ejecución e interpretación de tales relaciones, quedará sometido a la normativa de defensa de la competencia, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa comunitaria.*

El Derecho de la competencia está *sectorializado* y se centra en el sector energético, las telecomunicaciones, el audiovisual, el transporte y el postal⁵¹⁸. El sector agroalimentario apenas se menciona ni tiene asignada dirección específica dentro del órgano nacional, la CNMC. Las distintas autoridades de competencia afirman que al sector agroalimentario se le aplican todas las reglas de competencia al igual que al resto de sectores, pero en la práctica tiene reguladas varias excepciones en el Reglamento nº 1308/2013 y, además, aparece como un sector apenas abordado por las resoluciones de las autoridades de competencia.

La doctrina considera que es precisamente debido a este motivo por el que surge la necesidad de aprobar la Ley 12/2013 de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Esta ley pone en evidencia un trabajo que no han hecho las autoridades de competencia. Esta ley surge precisamente por el abandono que sufre el sector agroalimentario frente a la legislación de competencia. Se le aplican las leyes de competencia, pero apenas se presta atención a este sector agrícola cuyo valor de producción total en la UE alcanzó en el año 2015 los 410 millones de euros⁵¹⁹.

Se considera que la LCA ha aprobado unas normas de intervención extraordinaria a favor de un sector de actividad. Los poderes públicos defienden la parte más débil de la relación. De hecho, existe la presunción de que la multa se impondrá sobre la parte fuerte de la relación contractual. Su aplicación se encomienda a organismos y estructuras específicas a las que se habilita a definir una política de forma análoga a lo que contemplan las normas de defensa de la competencia sin perjuicio del control que lleven a cabo los tribunales de justicia.

⁵¹⁸División departamental de la CNMC, <https://www.cnmc.es/>, visitada el 02.01.2016.

⁵¹⁹COMISIÓN EUROPEA, *Informe anual sobre el comercio agroalimentario en 2015: La UE, primer exportador mundial*, Bruselas, 2016, p.1.

Una investigación realizada por el Centro de Investigación en Economía y Desarrollo Agroalimentario (CREDA), a petición de la AICA⁵²⁰, ha demostrado que España es pionera en la regulación de las relaciones en la cadena alimentaria con la aprobación de la LCA y de su organismo AICA dentro del panorama europeo respecto al resto de países miembros. Ha sido uno de los primeros países en implementar una regulación específica de la cadena alimentaria con cobertura en todos sus eslabones, no solo en los últimos escalones como ocurre en otros Estados miembros como es el caso de Reino Unido, Eslovaquia y República Checa⁵²¹. Otros Estados miembros han regulado la cadena alimentaria a través de sus autoridades nacionales de competencia y aplicando la legislación a todos los sectores económicos por igual⁵²², no específicamente al sector agroalimentario como ha hecho España.

La instrucción de los casos y la supervisión del cumplimiento de la LCA en España lo realiza la AICA que se creó en la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2013⁵²³ y es un organismo específico de control, dependiente del MAGRAMA y opera como sistema público de garantía del cumplimiento de las normas, con plenas capacidades para actuar tanto de oficio como por denuncia de un interesado. Realiza inspecciones, controla operaciones comerciales, recibe denuncias y propone sanciones. Se trata de un organismo autónomo al que la Ley dota de poderes similares a los que tiene la autoridad de competencia. Los inspectores de la AICA pueden acceder por sorpresa a los locales y terrenos de las empresas, verificar almacenes, acceder a toda la documentación relativa a la actividad de la entidad y precintar instalaciones.

La realidad demuestra, sin embargo, que todavía no hay confianza en que se preserve el anonimato de las denuncias que se pueden presentar ante la AICA, a pesar de que los propios inspectores aseguran que su deber es ese. En concreto, los agricultores son reacios a interponer denuncias. Creen que su identidad se acabará filtrando y pondrá en peligro su propio negocio y el sustento de su familia⁵²⁴.

⁵²⁰CREDA y AICA, *Informe sobre la aplicación de regulaciones de las prácticas comerciales en la cadena alimentaria en los países de la UE*, Madrid, 2016, pp. 1- 140.

⁵²¹*Ibidem*, p. 48.

⁵²²Es el caso de Alemania, Austria, Bulgaria, Chipre, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, República Checa y Rumanía como se desprende de CREDA y AICA, *op. cit.*, nota 520, p. 28.

⁵²³En el Real Decreto 227/2014, de 4 de abril, se aprueba el Estatuto de la Agencia de Información y Control Alimentarios.

⁵²⁴Encuesta ANfer realizada por la autora en febrero de 2015 a los agricultores riojanos.

La aprobación de la Ley de la cadena alimentaria pone en evidencia las cosas que, por acción u omisión, se están haciendo mal y parece conveniente realizar una lectura crítica de lo ocurrido, a pesar de que hay autores que intenten justificar razonadamente esta ley.

Es bastante común encontrar situaciones en las que se infringen varias leyes a la vez. Es decir, conductas en las que se pactan precios, se divide el mercado, no hay contratos escritos, se paga al proveedor en un promedio temporal de cinco meses la venta de productos perecederos (en vez de en 30 días como exige la Ley contra la morosidad) y en donde se producen conductas desleales. Se viven situaciones complejas y lo peor es la falta de información y concienciación sobre la asfixia que todas estas actuaciones juntas representan para los agricultores y sus familias. La persecución y sanción de todas estas actuaciones no es sencilla.

El fin último de la LCA es proteger y favorecer al consumidor, en este punto coincide con la legislación de competencia. Ninguna de las dos leyes tiene como fin último la protección del proveedor/productor/agricultor. Su fin último es la defensa del consumidor final y para ello, promueven la libre competencia en el mercado porque es una manera de garantizar la protección más eficaz de los consumidores. Pienso en la Ley Sherman que fue el origen de las leyes de competencia y observo cómo la protección a los agricultores, con el paso de los años y las adaptaciones que han sufrido las leyes de competencia en el mundo, se ha desvanecido por completo.

II. Evolución histórica de la Ley de la cadena alimentaria: su contenido material

La subida de los precios agrícolas en 2008, en un momento en que había suficiente producción, provocó que la atención se centrara en el funcionamiento de la cadena alimentaria. Los precios reales de los alimentos aumentaron más del 3 por ciento en el año 2008 provocando una disminución del poder adquisitivo y convirtiéndose en uno de los principales factores determinantes de la inflación global. En la UE, las prácticas comerciales desleales fueron por primera vez objeto de debate en el sector alimentario en 2009, cuando los precios al consumo aumentaron a raíz de las subidas de

los precios agrícolas⁵²⁵. El auge de las leyes de competencia y la primera vez que se plantea el debate de las prácticas comerciales desleales confluyen con la crisis de los precios de los alimentos de 2008.

La Decisión de la Comisión 2008/359, de 28 abril de 2008 creó un Grupo de Alto Nivel (GAN) sobre la competitividad de la industria agroalimentaria y se aprobó la Comunicación de la Comisión 2009/591⁵²⁶ que pretendió mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. En julio de 2010 se aprobó el Foro de Alto nivel sobre la mejora del funcionamiento de la cadena alimentaria a través de la Decisión de la Comisión 2010/C 210/03. En 2011, la Plataforma de Expertos constituida dentro del Foro formuló una serie de principios y ejemplos de prácticas leales y desleales en las relaciones verticales de la cadena de suministro alimentario, a los que se adhirieron distintas organizaciones representativas de los diferentes intereses en toda la cadena europea de suministro alimentario⁵²⁷. En 2013 la Comisión publicó el *Libro Verde sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas* en Europa. En julio de 2014 se aprobó la Comunicación de la Comisión 2014/472⁵²⁸ con objeto de hacer frente a las prácticas comerciales desleales entre empresas.

El Libro Verde consideraba que la existencia de normas nacionales fragmentadas respecto a la cadena alimentaria podía constituir un obstáculo para el abastecimiento y la distribución transfronteriza dentro del Mercado único⁵²⁹. Mejorar el funcionamiento de la cadena de suministro favorecería una mejor integración económica y permitiría corregir ciertas deficiencias causadas por las prácticas comerciales desleales en el Mercado único. Ello contribuiría al objetivo de la UE de convertirse en una economía más inteligente, sostenible e integradora dentro de la Estrategia europea para el crecimiento, Europa 2020. Además, se preveía que las

⁵²⁵COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa* en 2013, Bruselas, 31.1.2013 COM (2013) 37 final, p. 3.

⁵²⁶COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a *mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa*, COM (2009) 591 final, Bruselas, 28.10.2009.

⁵²⁷*Ibidem*, p. 4.

⁵²⁸COMISIÓN, *Comunicación para hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas*, COM/2014/0472 final, Estrasburgo, 15.7.2014, pp. 1-15

⁵²⁹*Ibidem*, p. 6.

divergencias entre las distintas legislaciones iban a aumentar por el auge del comercio electrónico y la globalización⁵³⁰.

El Libro Verde pretendía ser un documento de reflexión y debate para evitar la dispersión. Asimismo, en septiembre de 2013, se aprobó un código voluntario de buenas prácticas a nivel europeo promovido por varias asociaciones del sector como AIM, CELCAA, EUROCOMMERCE, FOODDRINKEUROPE, UGAL, EUROCOOP y ERRT. Se pretendía homogeneizar el tratamiento que se realizaba de las buenas prácticas en la UE. Llama la atención que estas asociaciones precisamente representan a grandes empresas alimentarias que están excluidas de la aplicación de la LCA en España a pesar de que fueron las grandes promotoras de la Ley.

En España, como respuesta a la Comunicación de la Comisión 2009/591, se aprobó la LCA. Esta ley surge con objeto de frenar las prácticas abusivas que ya puso de manifiesto la CNC⁵³¹. En las recomendaciones que realizó la CNC se abordaron aspectos como la necesidad de formalizar los contratos por escrito, especificar los pagos, suprimir la regulación de la venta a pérdida del artículo 14 de la LORCOMIN con objeto de mantenerla dentro de la legislación de competencia⁵³². Es decir, la propia CNC se anticipó al articulado de la LCA. No obstante, la CNC aconsejó que no proliferaran distintos códigos de conducta de las prácticas comerciales entre proveedores y distribuidores dentro del territorio nacional porque iba a provocar mucha inseguridad jurídica⁵³³.

La regulación de las relaciones de la cadena alimentaria para intentar frenar determinadas prácticas abusivas no es un fenómeno español. Diversos Estados miembros como Alemania, Francia, República Checa, Portugal e Italia habían adoptado ya desde hacía años diversos sistemas con el mismo objetivo y con mayor o menor éxito como confirma CREDA en el *Informe sobre la aplicación de regulaciones de las prácticas comerciales en la cadena alimentaria en los países de la UE* en abril de 2016.

⁵³⁰COMISIÓN, *op.cit.*, nota 528, p. 13.

⁵³¹CNC, *Informe de 2011 sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector*; CRESPO, D. y LIÑÁN, P., *Todo lo que usted debe saber sobre la Ley de la Cadena Alimentaria*, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Madrid, 2014, pp. 1-11, en especial p. 2.

⁵³²CNC, *Informe sobre las relaciones*, *op.cit.*, pp. 147-149.

⁵³³*Ibidem*, p. 149.

La normativa española ha servido como modelo a otros países de la UE que han establecido normas similares en sus respectivos Estados con el objetivo de lograr el equilibrio en las relaciones comerciales⁵³⁴. Esta ley española se aplica a todos los eslabones de la cadena alimentaria a diferencia de lo que ocurre en el Reino Unido, Eslovaquia y República Checa donde la normativa solo se aplica a determinados minoristas y a su relación directa con los proveedores⁵³⁵.

En enero de 2016 la Comisión emitió un informe⁵³⁶ en el que reconocía que se había producido un desarrollo legislativo importante en veinte Estados miembros acerca de la adopción de medidas contra las prácticas comerciales desleales. No obstante, consideraba que un enfoque regulador armonizado en todo el espacio europeo no añadiría ningún valor. Es decir, la Comisión consideraba que no era necesario armonizar toda la legislación diversa existente en los Estados miembros en unas directrices únicas para todos. Opinión de la Comisión, esta última, que suscitó bastante recelo.

Por cadena alimentaria se entiende *el conjunto de actividades que llevan a cabo los distintos operadores que intervienen en la producción, transformación y distribución de alimentos o productos alimenticios, excluyendo las actividades de transporte, la hostelería y la restauración*⁵³⁷. Se considera que tanto la hostelería como la restauración revisten características muy distintas a las que se dan en el canal de la alimentación por lo que quedan excluidos de la aplicación de la presente ley los establecimientos minoristas como los hoteles, los restaurantes, los bares y las cafeterías⁵³⁸. Esta excepción tiene una enorme repercusión en España donde la principal fuente de ingreso es el turismo y precisamente debido a la cantidad de negocios de hostelería y restauración existentes en el país.

El artículo 2 establece que la LCA se aplicará a las relaciones comerciales que se celebren entre los operadores que intervengan en la cadena alimentaria, desde la producción, pasando por la industria transformadora hasta la distribución. También quedan incluidas las operaciones comerciales que se realicen entre operadores de la

⁵³⁴MAGRAMA, *España se sitúa como líder europeo en regular las operaciones comerciales de la cadena alimentaria*, Madrid, fecha publicación 7.06.2016, <http://www.magrama.gob.es>, visitada el 10.10.2016.

⁵³⁵CREDA y AICA, *op. cit.*, nota 520, p. 48.

⁵³⁶COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas*, Bruselas, 29.1.2016 COM (2016) 32 final, pp. 1-14.

⁵³⁷Artículo 5.a) de la LCA.

⁵³⁸MOYA LATORRE, A. y GUILLÉN FERRER, M.J., *op. cit.*, nota 517, pp. 663-665.

cadena alimentaria en los procesos de envasado, transformación o acopio para su posterior comercialización, así como las compras de animales vivos, piensos y todas las materias primas e ingredientes utilizados para la alimentación animal. Por el contrario, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley las entregas de producto a las cooperativas agrarias y a otras entidades asociativas por parte de los socios de las mismas siempre que vengan obligados a la realización de dicha entrega⁵³⁹.

Llama la atención que esta legislación específica no se aplique a las grandes empresas de alimentación que han sido las grandes promotoras de la ley y son las encargadas de organizar la actual distribución moderna⁵⁴⁰. El artículo 2.3º a) especifica que dentro del ámbito material de la ley, *uno de los operadores debe ser pyme y el otro no*. De esta manera, quedan excluidas las relaciones entre las grandes empresas de alimentación y distribución. Es como si el volumen de negocio que generaran las grandes empresas sí se pudiera regular por la legislación de competencia y, sin embargo, el negocio que generan las pymes y el sector primario fuera necesario reforzarlo, además, a través de esta LCA porque no se protege adecuadamente con la ley de competencia. Que las grandes industrias alimentarias queden excluidas de esta ley es desconcertante. No obstante, se observa que los fines de la ley previstos en el artículo 3 de la LCA si se persiguen adecuadamente a pesar de la exclusión de las grandes cadenas de alimentación del ámbito subjetivo de la Ley. Se produce una aplicación sesgada de la Ley.

Y por último, quedan excluidas de esta ley específica las relaciones comerciales con los consumidores finales que se regulan en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y en otras leyes complementarias⁵⁴¹, cuya competencia corresponde a cada CCAA porque han sido materias transferidas a las mismas.

La LCA regula prácticas formales y prácticas materiales. Dentro de las formales destaca la formalización de contratos por escritos cuando se realice una compraventa y *el importe de la transacción sea superior a 2500€ y que además una de las partes pertenezca al sector primario y el otro no, o que una de las partes sea una pyme y el*

⁵³⁹Artículo 2.1º de la LCA; MOYA LATORRE, A. y GUILLÉN FERRER, M.J., *op.cit.*, nota 517, pp. 666-667.

⁵⁴⁰CRESPO, D. y LIÑÁN, P., *op.cit.*, nota 531, p. 3.

⁵⁴¹Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, BOE 30.11.2007.

*otro no o por último, que exista una relación de dependencia de uno a otro*⁵⁴². Muy importante es que se trate de transacciones cuya cuantía sea superior a los 2500€, no se haya efectuado un pago al contado (porque en tal caso no se aplica esta ley), que una de las dos partes de la transacción pertenezca al sector primario y que exista una relación de dependencia económica que lógicamente sitúa a la parte más débil en una clara situación de inferioridad. No obstante, la LCA solo impone la forma escrita para los contratos alimentarios que aparecen regulados en los artículos 8 a 11, en el Capítulo I Título II⁵⁴³.

El fin último de esta práctica formal es dejar constancia de que se ha celebrado un contrato y evitar que se den situaciones en las que, por ejemplo, se vendan las *cosechas sin precio*. Solo de esta manera se puede proteger a la parte débil de la relación contractual si la hubiera. Con la ausencia de contratos que permite la libertad contractual, resultaba muy difícil rastrear y perseguir los abusos que se producían en las compraventas *de palabra*. La Ley ahora exige la formalización de contratos por escrito y un contenido mínimo obligatorio que incluya necesariamente la identidad de las partes, el objeto, el precio, las condiciones de pago, las condiciones de entrega, la duración del contrato y las causas de extinción si las hubiera, entre otros extremos⁵⁴⁴.

Respecto a las obligaciones materiales que regula la LCA destacan la prohibición de prácticas abusivas como son las modificaciones unilaterales en los contratos y los pagos no previstos, el suministro de información comercial sensible⁵⁴⁵, la gestión de marcas⁵⁴⁶ y el incumplimiento de los plazos de pago⁵⁴⁷. Todas estas conductas podrían haberse perseguido por la Ley de defensa de la competencia, la Ley de competencia desleal, la Ley de marcas, la Ley contra la morosidad y la Ley de publicidad⁵⁴⁸. Pero parece que estas leyes no han perseguido los ilícitos que motivaron su aprobación quizás porque la ley especial prima sobre la general. La ley especial tiene aplicación preferencial sobre las leyes generales y quizás estas leyes, con el sector

⁵⁴²Artículo 3 de la LCA.

⁵⁴³Artículo 2.4º y artículo 8 de la LCA.

⁵⁴⁴Artículo 9 de la LCA.

⁵⁴⁵Artículo 13 de la LCA.

⁵⁴⁶Artículo 14 de la LCA.

⁵⁴⁷El artículo 23.2º de la Ley 12/2013 remite a la Disposición Adicional Primera de la Ley 15/2010 de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, BOE 6.07.2010.

⁵⁴⁸CRESPO, D. y LIÑÁN, P., *op.cit.*, nota 531, p. 2.

agroalimentario, han pecado de generalistas lo que permitido la entrada de esta nueva ley especial. Quizás las normas de competencia han pecado de generalistas y, por el contrario, la ley de la cadena alimentaria prima por lo específico.

Por otro lado, se está ante una hipertrofia normativa. Y esto deriva en la creación de Comités que analizan las cantidades de normas elaboradas. Como señala Álvarez Rubio, lo que debe hacer el Derecho es tratar de ordenar la sociedad, no imponer a la sociedad un código de conducta rígido que le impida moverse. Parece que se han confundido los términos de gobernar con legislar. Lo que debe de hacer el Derecho es tratar de ordenar la sociedad, no imponer a la sociedad un código canon de conducta rígido que le impida el movimiento⁵⁴⁹.

Hasta la fecha, el Observatorio de la cadena alimentaria ha realizado estudios sobre los precios de la leche y del conejo, pero se echan en falta más estudios. Los artículos 22 a 26 establecen el régimen sancionador y la potestad sancionadora. A propósito de las sanciones, se debe tener en cuenta que si se ha iniciado un procedimiento judicial o un procedimiento administrativo de defensa de la competencia, no se pueden enjuiciar los mismos hechos por dos vías distintas. Sorprende las escasas disposiciones materiales que tiene la LCA. La mayor parte de su contenido es procedimental.

No obstante, respecto al desarrollo procedimental establecido en la Ley, siguen sin regularse algunos aspectos. En primer lugar, no hay desarrollo reglamentario respecto a los contratos tipo que fomenta la Ley para integrarlos en la cadena alimentaria. Falta desarrollo reglamentario del sistema de arbitraje propuesto para resolver los conflictos que puedan darse dentro de los operadores de la cadena que se hayan adherido al Código de Buenas Prácticas en la Cadena Alimentaria. Tampoco se ha desarrollado la Ley de Interprofesionales ni se ha dado contenido al sello que propuso el MAGRAMA para identificar a unos operadores frente a otros. Desde que entró en vigor la LCA se ha avanzado mucho pero aún quedan muchas cosas por hacer.

⁵⁴⁹ETXABE ISTILLART, M., Conversaciones entre Javier Elzo y Juan José Álvarez, *Euskonews*, 11.04.2015, http://www.euskonews.com/0702zbb/elkar_es.html, visitada el 13.01.2017.

III. Relación entre la Ley de la cadena alimentaria y la legislación de competencia

Distintos despachos de abogados han reflexionado en torno a la interacción que existe entre la LCA y la legislación de competencia. En concreto, Araujo y Ferrer se preguntan por qué se aprueba una Ley de limitación de la autonomía de la voluntad, de control de comportamientos para una actividad concreta; ¿no es suficiente el recurso a las normas de defensa de la competencia? y ¿por qué no bastan?, ¿este defecto se aplica únicamente a este sector?, ¿cuántos sectores, además de éste, deberían ser regulados por el legislador de manera específica?⁵⁵⁰

La falta de transparencia del mercado, los desequilibrios en el poder de negociación y las prácticas contrarias a la competencia originan distorsiones del mercado que pueden repercutir negativamente en la competitividad de la cadena de suministro alimentario en su conjunto. Parece que existe una relación de causa-efecto entre las prácticas contrarias a la ley de competencia y el funcionamiento de la cadena alimentaria y, como consecuencia de ellos, surge la necesidad de analizar el funcionamiento de la cadena de suministro alimentario.

La Comisión consideró que las ofertas hechas a los consumidores no eran suficientemente leales en términos de gama de productos y precios y que los intermediarios, transformadores agroalimentarios y minoristas comprimían los márgenes de los productores agrícolas⁵⁵¹ ¿Se debe seguir protegiendo a los agricultores y ganaderos con las ayudas de la PAC como lleva ocurriendo más de 50 años y, a la vez, permitir que se les asfixie con los márgenes comerciales en la cadena alimentaria? Es un sinsentido. Para Tomás Azcárate⁵⁵², el sector primario debe defender su posición en la cadena alimentaria porque cada vez tiene menos poder y menos peso y debería ser al revés.

⁵⁵⁰ARAUJO, M. y FERRER, E., “La Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Una visión desde el derecho de la competencia”, *La Ley*, número 35, 2013, pp. 16-21, en especial p. 16.

⁵⁵¹COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa* en 2013, Bruselas, 31.1.2013 COM (2013) 37 final, p. 4.

⁵⁵²GARCÍA AZCÁRATE, T., “La estrategia 2020 y la Asociación Europea de Innovación (AEI) de la agricultura productiva y sostenible: algunas ideas y reflexiones desde Bruselas”, en *Reflexiones en torno a la PAC*, coord. BARDAJÍ, I., Serie Economía 22, Cajamar Caja Rural, 2014, pp. 267-279, en especial pp. 267-269.

La autoridad española de defensa de la competencia se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la LCA. El debate sobre el origen de esta ley especial proviene del Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario publicado en octubre de 2011 por la CNC. A continuación, en diciembre de 2012, se aprobó el IPN 84/12 Anteproyecto de Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. En tercer lugar, se desarrolló el Informe artículo 25 de Tramitación del proyecto de la Ley de la Cadena Alimentaria y además, el IPN/DP/0009/14 Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 12/2013, de 2 agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en julio 2014⁵⁵³. Parece que los informes que emite la autoridad de defensa de la competencia a nivel estatal no coinciden ni respaldan el funcionamiento, el procedimiento y el régimen sancionador de la LCA. Se observan tensiones por la compatibilidad (o no) de ambas legislaciones.

La CNMC cuestionó la inseguridad jurídica que la aprobación de la LCA podía generar y destacó la burocracia innecesaria y desproporcionada que iba a desplegarse para regular las relaciones comerciales entre los agentes de la cadena. Advirtió de los efectos negativos que podía tener para la competencia la introducción de la figura del mediador en la medida en que podía facilitar una coordinación anticompetitiva de los operadores a través de ciertas recomendaciones de precios, conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC. No obstante, la CNMC se estaba adelantando mucho con la figura del mediador porque, a día de hoy, aún no se ha creado ni desarrollado reglamentariamente y, en segundo lugar, porque no necesariamente debe recaer su actuación en las recomendaciones de precios prohibidas por las normas de competencia.

En el IPN 84/12 sobre el Anteproyecto de Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, la autoridad de competencia consideraba que el régimen jurídico sancionador contemplado en la LCA se solaparía con los ya existentes en la legislación de competencia. Las relaciones contractuales mercantiles entre operadores económicos se encontraban ya sujetas a la normativa de obligaciones y contratos del Código civil, a la legislación de competencia desleal, a la legislación de propiedad industrial, y a la legislación de defensa de la competencia. Por lo tanto, la

⁵⁵³CNMC, IPN/DP/0009/14 Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 12/2013, de 2 agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, julio 2014, Madrid, pp. 1-11, en especial p. 4.

autoridad de competencia mostró su rechazo a la aprobación de un nuevo régimen sancionador en la LCA⁵⁵⁴ porque podrían llegar a producirse solapamientos de todos estos regímenes.

El Proyecto de RD IPN/DP/0009/14 de la CNMC destacaba los riesgos de imparcialidad, independencia y objetividad que representaba la integración de la CNMC en el Observatorio de la cadena alimentaria, en la AICA y la voluntariedad de la adhesión al CBPCA. En el extinto Observatorio de los precios de los alimentos, la autoridad de competencia venía asistiendo voluntaria y estrictamente en calidad de *observador*, con voz pero sin voto. De esta forma, las decisiones y la independencia de criterio de dicha autoridad quedaban preservadas. La CNMC considera necesario, a efectos de salvaguardar su independencia y la aplicación eficaz de la normativa de defensa de la competencia, que su posible asistencia se realice únicamente como miembro observador u otra figura jurídica similar.

El Estatuto de la AICA, previsto en el Real Decreto 227/2014, regula el Consejo Asesor de la Agencia señalando que es el órgano consultivo y de participación en el que se integran representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de la producción y la transformación de los sectores alimentarios que estén interesados y de la distribución y los consumidores. Entre los sesenta miembros del Consejo Asesor habrá un representante de la CNMC. Los razonamientos que se esgrimen para la participación de un miembro de la CNMC es que éste se mantenga imparcial y objetivo para que no surjan incompatibilidades con el desempeño de su cargo. Asimismo, se matiza que en contra de lo que dispone el artículo 5.2º de la Ley 3/2013⁵⁵⁵, la CNMC sugiere que cuando asista al Consejo Asesor de la AICA no se le exija emitir ningún informe y que, además, se valore la actividad sancionadora de la propia Agencia porque podrían solaparse sus sanciones con otras impuestas por la autoridad de defensa de la competencia. La CNMC debería tener el estatus de miembro observador, con voz pero sin voto, en el Estatuto de la AICA también.

Por su parte, la CNMC matiza que cuando se trate de la aprobación de normas que tengan implicaciones para la legislación de competencia, según el artículo 5.2º de la

⁵⁵⁴IPN 84/12 sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas para Mejorar el funcionamiento de la Cadena Alimentaria, Madrid, 2012, p. 8.

⁵⁵⁵Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE 5.06.2013.

Ley 3/2013, sería oportuno que fuera preguntada y que, además, emitiera un informe previo al respecto. Está claro que respecto a algunas materias si está interesada en involucrarse y respecto a otras materias no.

El artículo 49.1º de la LDC permite a cualquier persona física o jurídica, interesada o no, poder formular denuncia de las conductas reguladas en esta Ley. La doctrina considera que aquí se recoge implícitamente la conexión entre la AICA y la CNMC. A mí no me parece tan claro.

La CNMC, por su parte, critica que las ayudas y las subvenciones del Ministerio vayan a dar prioridad a aquellos solicitantes adheridos al CBPCA porque las ayudas deben dirigirse a corregir los fallos de mercado y no a otro motivo distinto. El desequilibrio o la asimetría entre las partes contratantes no es una anomalía o un fallo del mercado sino una característica inherente a él. Los operadores del mercado deben dar respuesta a este desequilibrio desde un punto de vista dinámico, adaptando su producción y mejorando su eficiencia para ser más competitivos mientras fomentan la innovación. Si se otorgan subvenciones a aquellos que se adhieren al CBPCA, ello puede influir en el carácter voluntario de la adhesión⁵⁵⁶.

Esta ley específica busca completar el ordenamiento de defensa de la competencia. El artículo 7 de la LCA somete el contenido de las relaciones reguladas en esta ley a la legislación de competencia. Sin embargo, su aplicación se encomienda a órganos administrativos y no a la autoridad de competencia.

Existen similitudes en las facultades conferidas a los inspectores de la AICA y a las autoridades de competencia. La diferencia más importante estriba en la cuantía de las multas porque son considerablemente inferiores las que impone la AICA frente a las que pueden imponer las autoridades de competencia. Las multas que imponen los órganos de competencia pueden llegar a representar el 10 por ciento del volumen del negocio de la compañía en un determinado mercado⁵⁵⁷.

Por otro lado, mientras que los inspectores de la AICA están centralizados en Madrid y se desplazan para trabajar en distintas regiones españolas, en el caso de los

⁵⁵⁶CNMC, IPN/DP/0009/14 Proyecto de Real Decreto, *op.cit.*, nota 558, p. 10.

⁵⁵⁷LILLO ALVAREZ, C., “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* nº 15, Sección Estudios, Editorial La Ley, Madrid, 2014, en especial p. 2.

organismos de defensa de la competencia, los inspectores pueden estar ubicados en el territorio autonómico porque se haya establecido así en su Estatuto de Autonomía. Depende de cada región y cada caso. Eso representa una proximidad geográfica importante a la realidad y por lo tanto, a la infracción que se comete y a los autores de la misma. En mi opinión, sería conveniente establecer unas directrices comunes para coordinar las actuaciones de la LCA en las distintas CCAA. Asimismo, si la AICA designara órganos autonómicos a los cuales se pudieran dirigir los particulares para tramitar denuncias o abrir expedientes, los procedimientos serían mucho más ágiles.

La LCA tiene pocos artículos que desarrollen el contenido material de la ley. Los artículos 12 a 14 prohíben conductas concretas y son complementarias al ordenamiento de defensa de la competencia en el sector alimentario⁵⁵⁸. Establecen un nexo entre ambas legislaciones y remiten a la fundacional que en este caso es la normativa de competencia.

El artículo 12.1º LCA prohíbe que se pueda modificar unilateralmente cualquier contrato, igual que lo establece el artículo 1.256 del Código civil⁵⁵⁹. Si hubiera un abuso de una de las partes, se produciría la nulidad del contrato conforme lo previsto en el artículo 6.3º del Código civil. El fin último de esta regulación es evitar que una parte doblegue a la otra. El artículo 12.2º LCA prohíbe la realización de pagos adicionales salvo aquellos que fueran necesarios para referenciar un producto o para financiar parcialmente una promoción.

El artículo 13 LCA regula el suministro de información comercial sensible. Para ello es necesario que exista un contrato por escrito, una información adecuada al objeto del contrato y que sea impuesta por una parte a la otra. El artículo 13.1º hace una remisión explícita a las normas de defensa de la competencia.

Por su parte, el artículo 14 de la LCA regula la gestión de las marcas propias y de terceros de los productos alimentarios evitando las prácticas contrarias a la libre competencia, la competencia desleal o la general de publicidad. La expansión de las marcas propias de los distribuidores ha convertido a algunos comerciantes en

⁵⁵⁸ ARAUJO, M. y FERRER, E., *op.cit.*, nota 550, p. 17.

⁵⁵⁹ Artículo 1256 del Código civil establece que *la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*

competidores directos de sus proveedores⁵⁶⁰. Se prohíbe el aprovechamiento indebido de la iniciativa empresarial ajena y cualquier acción que pueda generar riesgo de asociación o confusión entre unos productos y otros como puede ser el uso de envases.

La LCA alude expresamente a otras normas que ya contemplan este tipo de prácticas como la LDC, la LCD, Ley 34/1988 General de Publicidad y Ley 17/2001 de Marcas. Este artículo 14 no sería necesario si se aplicaran adecuadamente las leyes que se citan. Ya se ha mencionado la hipertrofia normativa que se aprecia en el ordenamiento español y la prevalencia que va a tener la ley especial sobre *las generales*. Lo relevante en este caso es la posibilidad de que estas normas se apliquen por una institución especializada en el control de las prácticas comerciales a lo largo de la cadena alimentaria, con poderes de investigación propios y con capacidad sancionadora propia⁵⁶¹.

El Libro verde de la Comisión aclaró que el Derecho de la competencia y las prácticas comerciales desleales no son lo mismo. Mientras que el Derecho de la competencia vela por la libre competencia en el mercado, las prácticas comerciales desleales se refieren a las condiciones contractuales con independencia de que la competencia exista o no en el mercado⁵⁶².

El Derecho de la competencia de la UE pretende contribuir a la construcción y a la preservación del Mercado único y a la mejora del bienestar de los consumidores. Su objetivo es establecer condiciones en las que el mercado pueda funcionar adecuadamente y no se centra en la lealtad de las relaciones empresariales individuales, a menos que estas conlleven una disfunción del mercado debido a la existencia de un poder de mercado. Así pues, el Derecho de la competencia de la UE podría aportar una respuesta a ciertas prácticas comerciales desleales, pero no a todas⁵⁶³.

⁵⁶⁰COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa* en 2013, Bruselas, 31.1.2013 COM (2013) 37 final, p. 3.

⁵⁶¹CRESPO, D. y LIÑÁN, P., *op. cit.*, nota 531, p. 7.

⁵⁶²COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa* en 2013, Bruselas, 31.1.2013 COM (2013) 37 final, p. 12.

⁵⁶³*Ibidem*, p. 14.

El considerando nueve del Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002⁵⁶⁴ relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE) traza explícitamente una línea divisoria entre el Derecho de la competencia y la legislación sobre prácticas comerciales desleales. Establece que los artículos 81 y 82 tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado. Ello no impedirá que los Estados miembros apliquen en sus territorios la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos, como aquellos que protegen las conductas desleales, siempre que esa legislación sea compatible con los principios generales y las demás disposiciones del Derecho europeo.

Lo que se pretende con la aprobación de la LCA es introducir cambios en cómo funcionan determinadas relaciones privadas mediante una intervención de los poderes públicos⁵⁶⁵. Se observa que existen fallos en el funcionamiento o cierre de esas relaciones privadas y se piensa en controlarlos a través de una intervención pública. Se parte de la constatación de la insuficiencia del mercado como instrumento que por sí mismo asegure la eficacia y competitividad del sector agroalimentario⁵⁶⁶. Existe la presunción de que el mercado es imperfecto y que necesita ciertos mecanismos para optimizar su rendimiento.

Parece que si la asimetría que existe en el mercado hubiera sido la única razón de peso para aprobar la LCA, se hubiera optado por mejorar o desarrollar las normas generales de protección de la parte débil contenidas en la Ley de competencia desleal y en la Ley de defensa de la competencia para las situaciones de dependencia económica. Pero ésta no parece que sea la única razón. El legislador parte de la situación específica de un sector concreto, el sector alimentario, para el que considera insuficientes las normas generales. El legislador ve necesario profundizar en el sector alimentario porque considera que no está suficientemente protegido con las actuales leyes en vigor.

Por lo tanto, se puede afirmar que existe una estrecha relación entre la Ley de la cadena alimentaria y las normas de defensa de la competencia. La LCA es el resultado de un debate producido en el seno de las autoridades de competencia⁵⁶⁷. Además, la

⁵⁶⁴Publicado en el DOUE 4.01.2003.

⁵⁶⁵ARAUJO, M. y FERRER, E., *op.cit.*, nota 550, p. 20.

⁵⁶⁶*Ibidem*, p. 19.

⁵⁶⁷CNC, *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*, octubre de 2011; Red de Competencia Europea, *Report on competition law enforcement and market monitoring*

rúbrica del Título II y del Capítulo II en donde se insertan las disposiciones materiales de la ley (artículos 12 a 14 de la LCA) hace referencia directa a *prácticas comerciales abusivas*, concepto cercano al ordenamiento de la competencia. Como destaca el Preámbulo de la LCA, *su finalidad es mejorar el funcionamiento y la vertebración de la cadena alimentaria..... que redunde en beneficio no sólo del sector, sino también de los consumidores*. La Ley de competencia también tiene como fin último la protección de los consumidores, así que estas dos leyes tienen, además, como denominador común la protección del consumidor.

Se podría concluir que las disposiciones de la LCA buscan completar el ordenamiento de defensa de la competencia cuya aplicabilidad general se recoge en el artículo 7 de la Ley. La normativa especial busca apoyar a una parte, considerada débil, en su relación con otra, que se entiende fuerte, algo que inicialmente no pretendía el ordenamiento⁵⁶⁸. En este caso, la diferencia sustancial estriba en el planteamiento intrínseco de la debilidad de una de las partes de la relación contractual en la cadena alimentaria frente a la otra.

Esta situación de abuso de dependencia económica también aparece explícitamente regulado en el artículo 16.2º de la LCD⁵⁶⁹. La LCD está omnipresente en la LCA. Los artículos 12, 13 y 14 de la LCA remiten a los artículos 10, 11 y 16 de la LCD. El conflicto se resuelve según cuál haya sido la autoridad que haya empezado a conocer del asunto. Si ha empezado a conocer de los hechos la autoridad de competencia, será competente ésta. Si quien conoció en primer lugar fue la AICA, determinará si continúa ella con el procedimiento o si lo remite a la autoridad de competencia.

Parece demostrarse que la Ley de la cadena alimentaria no suple la normativa de defensa de la competencia sino que la complementa⁵⁷⁰, ya que, mientras que la LCA

activities by European competition authorities in the food sector, 2012; *Libro Verde sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa*, 2013 y Dictamen del CESE sobre *relaciones comerciales entre la gran distribución y proveedores de productos alimentarios*, DOUE C133 de 9 de mayo de 2013.

⁵⁶⁸ ARAUJO, M. y FERRER, E., *op.cit.*, nota 550, p. 17.

⁵⁶⁹ Artículo 16.2 de la LCD establece que *se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares*

⁵⁷⁰ ARAUJO, M. y FERRER, E., *op.cit.*, nota 550, pp. 17 y 21.

pretende impedir prácticas desleales que guardan relación con los desequilibrios en el poder de negociación de las partes de una relación comercial, la ley de competencia persigue prácticas contrarias a la competencia relativas a la situación de poder en el mercado⁵⁷¹. El texto legal debe interpretarse adecuadamente para limitar los abusos de mercado por parte de los operadores de la cadena que ocupan una posición de dominio⁵⁷².

Es verdad que la Ley 12/2013 se mueve ambiguamente en materia de Derecho de la competencia (artículos 7 y 12 a 14 de la LCA) pero acaba regulando aspectos que no están debidamente tratados y desarrollados en la legislación de competencia. Esto hace que la LCA sea una legislación específica importante para el sector agroalimentario⁵⁷³.

Aunque la actual legislación nacional en competencia (Ley defensa de la competencia y Ley de competencia desleal) hubiera perseguido adecuadamente los fines para los que fue creada, igualmente hubiera sido necesaria una legislación específica que profundizara más en los aspectos que afectan y conciernen al sector agrario español porque se ha demostrado que la legislación nacional en competencia era insuficiente para regular todas las situaciones injustas y abusivas que se estaban produciendo en la cadena alimentaria y a las que la actual legislación en competencia no llegaba.

El legislador ha considerado adecuado encomendar su aplicación a organismos e instituciones administrativas especiales y no a la autoridad de competencia. Esta decisión responde a la identificación del sector alimentario como un área en la que deben aplicarse reglas específicas de competencia, en el sentido material de la expresión, pero partiendo de una distinta técnica de aplicación.

Por su parte, es crucial el papel que desempeñe la Administración. Es ella la que más puede presionar con las inspecciones y las multas que imponga para que el día a día cambie con objeto de que los diferentes eslabones de la cadena alimentaria hagan un esfuerzo (impuesto) por ajustarse a la Ley que les obliga a firmar contratos antes de la

⁵⁷¹Revista INFORETAIL, *El propósito de la Ley de la cadena alimentaria*, fecha publicación 10.04.2014, <http://www.revistainforetail.com>, visitada el 30.07.2016.

⁵⁷²EXPANSIÓN, *España busca el equilibrio en la cadena alimentaria*, Madrid, fecha publicación 1.07.2013, <http://www.promarca-spain.com>, visitada el 30.07.2016.

⁵⁷³ARAUJO, M. y FERRER, E., *op.cit.*, nota 550, p. 21.

entrega de la producción o la cosecha con un contenido mínimo obligatorio y a guardar toda la documentación durante dos años.

La aprobación y entrada en vigor de la Ley de la cadena alimentaria representa un nuevo escenario para un sector que llevaba mucho tiempo reclamando normas que atiendan a sus necesidades específicas, sin encontrar respuestas adecuadas en las disposiciones de defensa de la competencia ni en ninguna otra⁵⁷⁴. La nueva Ley abre un proceso de definición de un nuevo contenido para el sector agroalimentario que recupera su espacio a pesar de que aún no se ha concretado el Código de buenas prácticas comerciales ni el sistema de arbitraje ni la definición del sello que identifique a aquellos operadores que se adhieran al Código.

Sería oportuno que actuaran complementariamente los órganos creados por la LCA y los órganos de defensa de la libre competencia. No obstante, se observa que operativamente existe cierta rivalidad entre ambos y se teme que la AICA deje a la luz deficiencias de los actuales organismos de defensa de la competencia o ponga en evidencia una falta de adaptación a esta Ley especial por parte de la Ley de competencia desleal, la Ley de defensa de la competencia y la legislación en materia de contratos y de propiedad industrial. Hay que confiar que no sea así.

IV. Legislación aplicable a los contratos de la cadena alimentaria

La primera reacción defensiva de los consumidores ante la crisis fue reducir la factura de sus compras cotidianas, buscar una cesta de la compra más económica, elegir en los lineales entre productos buscando los más económicos. Las grandes superficies vieron aquí una oportunidad para sus intereses. La *marca blanca* o *marca del distribuidor* (MD) podía imponerse sobre las de sus competidores, las marcas propias de fabricante que, a su vez, fabricaban las marcas de la distribución. Y así comenzó una guerra abierta en los lineales tendente a bajar los precios de todos y cada uno de los productos en oferta y reducir el número de referencias⁵⁷⁵.

La disminución en la cesta de la compra del consumidor que primero compró más barato y luego menor cantidad de comida, no hizo sino acentuar la presión a la baja de los precios. Y la forma de lograrlo fue presionando a la baja en todo el canal hacia

⁵⁷⁴COMPÉS LÓPEZ, R., *op.cit.*, nota 11, p. 238.

⁵⁷⁵LAMO DE ESPINOSA, J., *op.cit.*, nota 9, p. 69.

atrás, lo que acabó llegando a los agricultores y ganaderos y también sobre los otros escalones de la cadena para que redujeran sus precios de venta.

Esta situación está otorgando un protagonismo singular a las marcas del fabricante. La cuota de mercado de las MD no para de crecer y la posición de dominio que la gran distribución tiene sobre el proveedor está llevando a presiones sin límite y a protestas de éstos. Las grandes superficies de distribución aplican unos márgenes comerciales mayores sobre las marcas del fabricante frente a sus propias marcas y eso redundará en su beneficio porque la elección del consumidor recae sobre los productos más baratos⁵⁷⁶. Tales prácticas están poniendo en riesgo la viabilidad de las explotaciones agrarias y merman los resultados empresariales de las empresas del sector primario.

La explicación de esta situación se halla en la diferente capacidad negociadora entre empresas que viene definida por el tamaño y la posición en la cadena. La gran distribución tiene capacidad para frenar o aumentar los precios porque negocia directamente con sus proveedores sus presupuestos anuales y porque contrata con sus proveedores la fabricación de sus productos cuyos precios son fijados por la distribución unilateralmente.

Los agricultores casi nunca pueden repercutir la totalidad del alza de sus costes de materias primas, energía y envases a los precios de venta de la distribución porque aunque un gran número de empresas frutícolas, aceiteras, lácteas o cárnicas pretendieran elevar sus precios a la gran distribución no bastaría con un concierto entre las primeras (actuación prohibida por las normas de competencia), sino que sería preciso el concurso de las empresas de distribución mediante acuerdos interprofesionales cuyos límites jurídicos hoy no resultan claros.

Esto acaba produciendo que, con la presión a la baja de los márgenes comerciales, los precios agrarios sean la variable de ajuste de la cadena. Esto determina una *doble presión inversa* sobre la agricultura. Por un lado, la gran distribución presiona

⁵⁷⁶INLAC se ha quejado ante el MARM pidiendo que las grandes superficies no apliquen diferentes márgenes comerciales para un mismo producto, según sea éste de marca tradicional del fabricante o de marca blanca de la distribución (MDD), con un mayor encarecimiento del primero.

los precios a la baja y por otro lado, los costes agrarios tienden al alza. En medio de todo, las rentas agrarias caen⁵⁷⁷.

En los productos que no gozan de marca reconocida, como son las frutas y las hortalizas, ocurre una situación llamativa. El aumento de los precios en origen se traslada inmediatamente al consumidor mientras que cuando se trata de una bajada de los precios, esa bajada no se traslada al consumidor, no de manera inmediata. A medida que los precios bajan en el campo, los márgenes no lo hacen en igual proporción en los lineales de los supermercados, con lo que el producto llega al consumidor siempre a precios bastante semejantes, lo que impide que la demanda reaccione comprando más. Esta realidad hace que el sacrificio del agricultor carezca de significado.

El índice de precios al consumo de los alimentos desde 1990 hasta 2009 subió un 66 por ciento, pero el índice general de precios percibidos por los agricultores sólo lo hizo en un 26 por ciento. En la comercialización de las frutas y las hortalizas frescas normalmente la distribución carece de marcas propias por lo que la lucha a la baja cobra un sentido diferente⁵⁷⁸.

En resumen, el sector agrícola viene sufriendo un descenso en los precios a los que vende sus cosechas, una mano de obra encarecida y escasa y los abonos son cada vez más caros por los altos precios de las materias primas. Se está encareciendo el agua y la energía eléctrica necesaria para el riego, las normas fitosanitarias en el seno de la UE son cada vez más exigentes y excluyentes. La crisis de liquidez está afectando a la viabilidad de las cooperativas y de los propios agricultores⁵⁷⁹.

En el mundo, en Europa y en España se está produciendo un proceso de concentración empresarial por parte de los grandes grupos de la distribución alimentaria que significa que en muchos países entre cinco y diez compañías controlan más del 60 por ciento de la distribución alimentaria. En Europa, hay países como Francia, Alemania, Portugal, España y Reino Unido en donde sus tres mayores compañías de distribución controlan entre el 40 y 45 por ciento del mercado. En otros países como

⁵⁷⁷LAMO DE ESPINOSA, J., *op.cit.*, nota 9, p. 66.

⁵⁷⁸*Ibidem*, p. 67.

⁵⁷⁹LAMO DE ESPINOSA, J., *op.cit.*, nota 9, p.68.

Austria, Bélgica, Dinamarca, Irlanda y Holanda incluso superan el 60 por ciento. En Suecia y en Finlandia el 80 por ciento⁵⁸⁰.

En España, destaca el caso de Mercadona que se ha convertido en la primera gran cadena de distribución alimentaria con más de 1.300 puntos de venta y más de 70.000 empleados y una cifra de facturación que ronda los 20.000 millones de euros, cifra similar a la facturación de todo el cooperativismo agroalimentario español, y que supone una cuota de mercado superior al 30 por ciento.

En un escenario internacional, España es la séptima potencia suministradora de bienes agroalimentarios alcanzando el 3 por ciento de los bienes agroalimentarios que son objeto de intercambio en el mundo. Y es la segunda y la tercera del ranking cuando se trata de suministrar frutas y hortalizas respectivamente⁵⁸¹. La comercialización de las frutas y las hortalizas en los mercados exteriores representa aproximadamente el 10 por ciento de las ventas internacionales.

En estos últimos veinte años, los intercambios comerciales se han triplicado y España ha continuado escalando posiciones. Otros países como Alemania, Francia, Holanda o Italia, dentro de la Unión Europea, o Estados Unidos, fuera de la UE, han cedido posiciones en favor de otros grandes productores como Brasil o China. Esto no hace sino demostrar la fortaleza de España en el mercado internacional y el auge de nuevos bloques hegemónicos que se están convirtiendo en grandes potencias comerciales.

El sector agroalimentario en España es muy importante para la economía nacional e incide en el empleo, el producto interior bruto y las exportaciones. La exportación de frutas y hortalizas supone aproximadamente dos tercios de la facturación del sector. En 2015 las exportaciones representaron 11.900 millones de euros⁵⁸². La AICA entró en vigor en enero del 2014 y ha estado funcionando tres años. El 60 por

⁵⁸⁰JULIÁ, J.F., MELIÁ, E. y GARCÍA, G., “Modelos y casos de éxito del cooperativismo agroalimentario en la Unión Europea”, *Revista Mediterráneo Económico* nº 24, 2013, pp. 139- 154, en especial p. 141.

⁵⁸¹GARCÍA GRANDE, M.J. y LÓPEZ MORALES, J.M., “Contribución de la agroalimentación española al comercio mundial: evolución y factores explicativos”, *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros* nº 243, 2016, pp. 15-44, en especial pp. 15-16.

⁵⁸²FEPEX, Sector frutas y hortalizas, <http://www.fepex.es/ext/sector-frutas-hortalizas.aspx>

ciento de los expedientes que se inician se producen en el sector mayorista de las frutas y las hortalizas⁵⁸³.

La aprobación de la Ley de la cadena alimentaria en España protege a todos los eslabones de la cadena. Por lo tanto, es importante no perder de vista el enfoque de internacionalización que tienen las compraventas en el sector agroalimentario español porque ello permitirá aplicar ciertas normas de DIPr cuando la compraventa se realice por un comprador extranjero o el canal de distribución se alargue fuera de nuestro espacio geográfico.

La Ley de la cadena alimentaria no hace referencia alguna a su ámbito espacial de aplicación⁵⁸⁴, no así sucede con el CBPCA que se ciñe al ámbito geográfico español⁵⁸⁵. Por lo tanto, no está previsto en la LCA qué sucede cuando se aplica una ley distinta a la española a un contrato entre un operador español y un operador extranjero, o cuando no hay una ley pactada en el contrato entre estos operadores. Por el momento, se ha de acudir a las normas generales de DIPr para saber qué ley será de aplicación.

De acuerdo con el Reglamento nº 593/2008 o Reglamento Roma I, es posible que una relación esté sujeta a un derecho extranjero porque, o bien así lo han decidido las partes contratantes, o porque a falta de determinación de la legislación aplicable al contrato, los elementos del mismo lleven a que conflictualmente la ley que resulta de aplicación sea la extranjera. De esta manera, es muy probable que un número elevado de operaciones de exportación o importación queden sujetas a un derecho extranjero y no les afecten las obligaciones que impone la LCA, cuyo incumplimiento no sería objeto de sanción en estos casos. Sólo se podría aplicar la ley española si se considerara ley de policía del ordenamiento español de acuerdo con el artículo 9 del RRI.

El artículo 9.1º RRI establece que *una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos*,

⁵⁸³Revista MERCADOS, *El sector de frutas y hortalizas acumuló el 63 por ciento de las sanciones de la AICA*, 22.02.2016, <http://www.revistamercados.com/noticia/18179/>; Revista FRESH PLAZA, *España: El 60 por ciento de las sanciones de la AICA recaen en el sector hortofrutícola*, 4.05.2016, <http://www.freshplaza.es/article/97437/Espa%C3%B1a-El-60-procent-de-las-sanciones-de-la-AICA-recaen-en-el-sector-hortofrut%C3%ADcola>

⁵⁸⁴MOYA LATORRE, A. y GUILLÉN FERRER, M.J., *op.cit.*, nota 517, p. 667. Tampoco la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales hace referencia a su ámbito espacial de aplicación.

⁵⁸⁵FERNÁNDEZ BAÑOS, J., “Autorregulación y competencia desleal en el sector alimentario español”, *Diario La Ley*, Nº 8899, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, 12 de Enero de 2017, pp. 1-7.

tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento. El artículo 9.2º señala que *las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.*

A primera vista, no parece que las normas contenidas en la LCA puedan ser consideradas como leyes de policía, entendidas como normas cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica. Aunque no se debe descartar esa posibilidad si se considera la interpretación más amplia que hace la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013 en el caso *Unamar*, asunto C-184/12, respecto a las leyes de policía.

En dicha sentencia, el considerando 35 señala que la invocación unilateral de las leyes de policía por un Estado resulta contraria a los principios que inspiran el Convenio de Roma y el principio fundamental de la primacía de la ley elegida por las partes en el contrato siempre que esa ley sea la de un Estado miembro que haya integrado en su ordenamiento jurídico interno las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión de que se trate. Los Estados miembros no pueden desvirtuar este principio fundamental mediante la calificación sistemáticamente de imperativas a sus normas nacionales, salvo en el supuesto de que tales normas afecten claramente a un interés importante.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la pertenencia de las normas nacionales a la categoría de leyes de policía y de seguridad no las exime de la observancia de las disposiciones del Tratado salvo que vulneren la primacía y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión⁵⁸⁶. La calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad por un Estado miembro se refiere a aquellas cuya observancia es crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del país de que se trate hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él, con independencia de cuál fuera la ley aplicable al contrato⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶Considerando 46 y 47 de la sentencia *Unamar*.

⁵⁸⁷Sentencia del caso *Arblade* C-369/96 y C-376/96, apartado 30.

La sentencia del TJUE en el caso *Unamar* asunto C-184/12 concluye que la ley elegida por las partes podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori* basándose en el carácter imperativo que en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro tienen las normas que regulan la situación concreta, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico conceder una protección más amplia que la protección prevista que debía aplicarse.

Esta flexibilidad del TJUE ha suscitado recelos en la doctrina. Para Garcimartín Alférez, la referencia a los intereses públicos en la definición de la ley de policía debe interpretarse de manera restrictiva. La ley de policía debe ser una norma imperativa de dirección que protege intereses públicos o supra-individuales, y no una norma protectora que vela por los intereses privados o de las partes⁵⁸⁸. El significado de *interés público* se refiere a la voluntad del legislador europeo de excluir de las leyes de policía todas aquellas normas *protectoras* de una parte contractual considerada débil⁵⁸⁹. Los intereses privados quedan protegidos con las normas del RRI que determina la ley aplicable al contrato, donde además se proporciona protección a aquellas partes que el legislador europeo considera débiles a través de una norma de conflicto específica (consumidor, trabajador, asegurado). Desde este punto de vista, no pueden ser leyes de policía las normas protectoras del agente.

Como señala Calvo Caravaca y Carrascosa González, es verdad que las leyes de policía no pueden proteger a contratantes situados en posiciones contractuales débiles y carentes de protección individual, pero dentro de las normas de dirección que sí que pueden ser consideradas leyes de policía están incluidas las normas que protegen el acceso al mercado como las normas antitrust y, dentro del análisis que realizo, las normas de control de sectores económicos estratégicos o especialmente protegidos como puede ser el comercio de materias primas vitales para la economía nacional⁵⁹⁰. Es

⁵⁸⁸GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, 30 mayo 2008, pp. 1-33, en especial p. 28.

⁵⁸⁹GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, nota 444, p. 380.

⁵⁹⁰CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1024-1026.

aquí donde podrían encajar las leyes que protegen el correcto funcionamiento de la cadena alimentaria y considerarse normas imperativas.

Se podría desprender su imperatividad por la finalidad de las mismas que es preservar el correcto funcionamiento del mercado y de la economía protegiendo a los consumidores. Hay que valorar la voluntad del legislador que las redactó y aprobó. Puede tener un ámbito de aplicación positivo porque el legislador estableció en qué casos son aplicables. Y la naturaleza de las normas de la cadena alimentaria puede ser de Derecho público con influencia en el plano civil.

Para Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, el origen de las leyes de policía se encuentra en un interés público que puede ser muy variado. Se pueden distinguir entre normas ordopolíticas o de dirección que tienen como finalidad proteger las políticas económicas y el mercado de un determinado Estado como son las normas de libre competencia⁵⁹¹ y luego están las normas de protección que pretenden garantizar el equilibrio contractual del contrato y estarían fundadas en un interés más privado como las normas de protección del consumidor, del trabajador, del asegurado. Si se tuvieran que clasificar las leyes de la cadena alimentaria, ¿se podría considerar que protegen un interés público como el buen funcionamiento del mercado y de la economía o se podrían considerar como normas de protección de un grupo específico que persiguen un interés más privado?

Desde el enfoque que plantean Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, el artículo 9.1º del RRI cuando se refiere a las leyes de policía se circunscribe a las normas de carácter ordopolítico. Lo que parece claro es que la distinción de las leyes de policía es compleja porque la imperatividad reforzada de estas normas deriva de su interés público y resulta muy difícil distinguir si tal imperatividad deriva del carácter ordopolítico de la regla o del exclusivo interés de protección del equilibrio contractual.

Para De Miguel Asensio, dentro de las normas de intervención ordopolíticas estarían las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, destaca que existen normas de defensa de la competencia que, al margen de la función ordenadora del mercado, están también destinadas a proteger la posición de uno de los contratantes⁵⁹².

⁵⁹¹FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op.cit.*, nota 474, pp. 546.

⁵⁹²*Ibidem*, p. 547.

Por lo tanto, en la medida que las leyes de la cadena alimentaria se consideran un complemento de las leyes de competencia y que incluso coinciden en el contenido material con las mismas, ¿se podría hablar de una norma imperativa material?

Sánchez Lorenzo, por su parte, considera que la intervención de los intereses públicos, de los intereses estatales, debe venir por la vía de la excepción que sería la aplicación de las normas imperativas. Para este autor, la aplicación de las normas imperativas no solamente es una cuestión de respeto de los intereses de las partes, sino de respeto a las reglas del juego del comercio internacional⁵⁹³.

La sentencia *Unamar* asunto C-184/12 no menciona la distinción que hace la doctrina entre normas protectoras y normas imperativas. Al TJUE parece no importarle que una norma proteja intereses privados siempre que, al mismo tiempo, proteja intereses públicos. Para el TJUE, la protección de un interés privado no es incompatible con la protección al mismo tiempo de un interés público. Es más, la protección de ciertos sujetos o colectivos puede ser vista por el Tribunal como la protección de un interés público, y por lo tanto como ley de policía, siempre que se demuestre que esa protección es esencial para la organización política, social o económica del Estado que emitió la norma⁵⁹⁴. Carrascosa González, incluso, llega a afirmar que la persecución egoísta del propio interés por parte de los sujetos que eligen la Ley estatal que más les conviene, beneficia a toda la sociedad. Cuando las partes eligen la Ley aplicable a sus relaciones jurídicas, están promoviendo el interés de la sociedad, están beneficiando a toda la sociedad⁵⁹⁵.

La doctrina considera que el método que utilizan los Estados para determinar qué normas son leyes de policía entraña ciertos riesgos técnicos y de seguridad jurídica. Se habla del *unilateralismo introverso* como aquel método en que el Estado establece, de forma unilateral e independiente, el ámbito de aplicación espacial de sus normas sustantivas, de forma que las normas de conflicto sólo se ocupan de establecer los casos regulados por la Ley sustantiva de dicho Estado. El resultado de su utilización suele ser

⁵⁹³SÁNCHEZ LORENZO, S., “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 39-74.

⁵⁹⁴CEBRIÁN SALVAT, M.A., “Agencia comercial, leyes de policía y Derecho Internacional Privado Europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 6, nº 1, Marzo 2014, pp. 357-366, en especial p. 364.

⁵⁹⁵CARRASCOSA GONZALEZ, J., “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, Nº 7847, 2012, pp. 1-12, en especial p. 9.

negativo porque se convierten en normas unilaterales y autárquicas que promueven el *forum shopping* y eso provoca que las soluciones a las situaciones privadas internacionales sean distintas de país a país⁵⁹⁶.

Para Cebrián Salvat, el TJUE sigue dejando en manos de los Estados miembros el mayor peso de la decisión de qué normas deben considerarse leyes de policía, ya que dicha calificación dependerá principalmente de la voluntad del legislador estatal a la hora de crear la norma. Se considerará una *cuestión de soberanía*, lo cual no termina de encajar con el concepto de Mercado Único.

A este respecto, son muy críticos Calvo Caravaca y Carrascosa González porque consideran que un Estado no puede dotar a su normativa interna de una aplicación internacional de modo que sea aplicable a los contratos internacionales solo porque dicha normativa así lo indique o solo porque el legislador estatal califique su propia normativa como ley de policía. Para que ocurra eso, deben concurrir los siguientes requisitos: Uno, que sea imperativa, debe exigir su aplicación al caso y al contrato en cuestión. Debe ser una norma imperativa no disponible por las partes, de modo que los intereses públicos que protege queden salvaguardados si se garantiza su aplicación forzosa al contrato⁵⁹⁷. Se debe aplicar exclusivamente a situaciones internacionales comprendidas en el ámbito de aplicación espacial de la Ley de policía, la situación debe estar comprendida dentro de su ámbito de aplicación. No cabe extender la aplicación de estas leyes más allá del ámbito expresamente marcado por el legislador. La Ley de policía debe indicar que su aplicación procede en casos internacionales y con independencia de cuál sea la Ley que rige el contrato según las normas de conflicto del RRI. Y en tercer lugar, debe ser una disposición esencial para la salvaguarda de los intereses públicos de un Estado como su organización política, social o económica. No basta la calificación del legislador diciendo que es esencial, debe ser esencial.

Por lo tanto, y como señalan estos autores, es precisa una acción legislativa, no interpretativa, pues de lo contrario se atribuye al legislador una intención y una voluntad de la que carece. En caso contrario, todo depende del juez competente que precisará si, a su juicio, una norma interpretativa es internacionalmente imperativa y se aplica a casos internacionales, lo que no parece muy conveniente por vulnerar el

⁵⁹⁶CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1023-1028.

⁵⁹⁷*Ibidem*, p. 1027.

principio de previsibilidad del resultado de los litigios y el principio de seguridad en cuanto a la ley aplicable⁵⁹⁸. Esta idea defendida por Calvo Caravaca y Carrascosa González choca con la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-184/12, caso *Unamar* que otorga discrecionalidad para determinar si estamos ante una ley o no de policía al juez nacional.

En la sentencia *Unamar* asunto C-184/12, la Corte de Casación belga debía valorar la naturaleza y el objeto de sus disposiciones imperativas y tenía que buscar el interés público que subyacía en la protección del agente. Una interpretación tan amplia de la ley de policía podía acarrear otros daños colaterales. En la sentencia, una aplicación imperativa de una norma excesivamente proteccionista y nacionalista como la belga podía tener como consecuencia que los operadores de otros Estados miembros contrataran con agentes cuyo establecimiento principal se encontrara fuera del territorio belga, ante la amenaza de la sujeción a su ley y a las fuertes indemnizaciones en caso de conflicto⁵⁹⁹.

En la Ley de la cadena alimentaria española es verdad que subyace la protección a una parte débil que está desprotegida pero hay un interés público que es el buen funcionamiento del canal de alimentación y, por extensión, de la economía y del mercado que hace que el interés público sea mayor que la protección de la parte débil. Es cierto que eso puede conducir, como en el caso belga, a que otros Estados miembros prefieran comprar y/o vender productos agroalimentarios en otros países distintos a España, pero el sector agroalimentario español es suficientemente importante y diverso como para poder asumir un riesgo semejante.

La elección de la ley por las partes es la regla fundamental de todo el sistema de DIPr. La posibilidad de la libre elección de una ley aplicable a las situaciones privadas internacionales estimula el mercado y es eficiente⁶⁰⁰. No obstante, la autonomía de la voluntad debe limitarse o evitarse para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales si éstos afectan a terceros, a intereses públicos o generales, en el caso de asimetrías entre particulares y en relación con sectores regulados por normas de Derecho social. En tales supuestos, la autonomía de la voluntad debe ser abandonada o

⁵⁹⁸*Ibidem*, pp. 1028-1031.

⁵⁹⁹CEBRIÁN SALVAT, M.A., *op. cit.*, nota 594, p. 365.

⁶⁰⁰CARRASCOSA GONZALEZ, J., *op.cit.*, nota 595, p. 8.

bien debe ser limitada porque no conduce a un resultado eficiente⁶⁰¹. En estos supuestos en los que el Estado, la sociedad, los intereses generales y/o los sujetos como partes débiles pueden verse perjudicados, la autonomía de la voluntad de las partes no es un criterio de eficiencia y debe desplazarse por un bien de protección jurídica superior⁶⁰².

Como señaló el Abogado general Maciej Szpunar el 20 de abril de 2016 antes de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016 en el asunto C-135/15 *Nikiforidis*, la cuestión de las leyes de policía extranjeras preocupa mucho al DIPr., sin embargo, son pocos los casos judiciales directamente relacionados con este tema.

La sentencia *Nikiforidis* señala que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ha de dar efecto eventualmente a las leyes de policía extranjeras sobre la base del artículo 9.3º del RRI deberá tener en cuenta el hecho de que estas disposiciones fueron adoptadas por otro Estado miembro para cumplir las obligaciones derivadas de su pertenencia a la UE sin que ello prejuzgue la decisión final que el órgano jurisdiccional que conoce del litigio ha a adoptar a este respecto.

El artículo 9 del RRI constituye una excepción al principio de la libre elección por las partes de la ley aplicable al contrato. Esta excepción tiene como finalidad permitir al juez del foro, en circunstancias excepcionales, tener en cuenta consideraciones de interés público.

El TJUE considera que el artículo 9.3º del RRI debe interpretarse en el sentido de que el juez del foro no tenga que aplicar, como normas jurídicas, leyes de policía que no sean las del Estado del foro o las del Estado en el que las obligaciones del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas. Por consiguiente, en la medida en que el contrato de trabajo del Sr Nikiforidis, profesor griego que trabaja en Alemania, se ha venido ejecutando en Alemania y el órgano jurisdiccional remitente es alemán, éste no puede aplicar, ni directa ni indirectamente, las leyes de policía griegas mencionadas en su petición de decisión prejudicial. No obstante, como resalta el TJUE en la sentencia *Nikiforidis* asunto C-135/15, no se opone a que dicho juez *tome en consideración* esas otras leyes de policía como circunstancia de hecho en la medida en que el Derecho nacional aplicable al contrato lo prevea. Esta interpretación no queda desvirtuada por el

⁶⁰¹GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, nota 444, pp. 405-408.

⁶⁰²CARRASCOSA GONZALEZ, J., *op.cit.*, nota 595, pp. 11-12.

principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4.3º del Tratado de la Unión Europea.

Es muy loable tomar en consideración las leyes de policía de otro foro o Estado miembro que afecten al caso, pero solo desde un punto de vista subjetivo y siempre interpretadas por el juez nacional que en este caso aparece como competente y es el juez alemán. Cuestión diferente es el principio de cooperación que regula el artículo 4 del TUE que queda salvaguardado. Como conclusión, se concede discrecionalidad a los jueces nacionales para valorar las leyes de policía de otro Estado como circunstancias de hecho nada más. Se concede protección al docente griego que desempeña su trabajo en territorio alemán.

Al trasladar los resultados de las sentencias *Unamar* asunto C-184/12 y *Nikiforidis* asunto C-135/15 al análisis de la LCA como posible ley de policía, se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, no es descartable que las normas españolas de la cadena alimentaria puedan ser consideradas leyes de policía según el artículo 9 del RRI. En segundo lugar, si se admite esta calificación, la elección de un Derecho extranjero no impide que un juez español pueda, en aplicación del artículo 9, aplicar la ley española como ley de policía. Y por último, esa aplicación imperativa se produciría incluso frente a la aplicación de las leyes de otros Estados miembros que hicieran también una correcta aplicación del Derecho⁶⁰³.

Por lo tanto, de todo lo anterior se desprende que no es descartable que pueda llegar a considerarse como ley de policía a la Ley de la cadena alimentaria en España. La omisión al ámbito espacial de aplicación de esta Ley genera una duda interpretativa de gran calado⁶⁰⁴, a pesar de que algunos autores de la doctrina consideren que en la propia ley se debería incluir de manera expresa su carácter de norma imperativa internacional para que efectivamente se considere como una ley de policía⁶⁰⁵.

Todo ello, sin perder de vista la interpretación restrictiva de las leyes de policía porque masificar las mismas puede poner en jaque las certezas del derecho y la

⁶⁰³TORRALBA MENDIOLA, E., *Sobre la posibilidad de pactar la aplicación de un Derecho extranjero con unos plazos de pago distintos de los de la Ley Antimorosidad*, Análisis GA&P, Gómez Acebo & Pombo, Madrid, 2014, pp. 1-4, en especial p. 4.

⁶⁰⁴MOYA LATORRE, A. y GUILLÉN FERRER, M.J., *op.cit.*, nota 517, 667.

⁶⁰⁵CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1028-1031.

seguridad jurídica de los contratantes según lo que establece el RRI. El DIPr. debe preservar su lugar en la fijación de la ley aplicable en los contratos internacionales⁶⁰⁶.

Queda pendiente de valorar el alcance del artículo 9 del RRI y determinar si la LCA es una disposición cuya observancia España considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su *organización política, social o económica*, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el RRI.

Según el informe realizado por CREDA a petición de la AICA donde se realiza una comparativa a nivel europeo de las regulaciones que han llevado a cabo un total de veinte Estados miembros para intentar frenar los abusos en la cadena alimentaria, se concluye que España destaca sobre los demás por diferentes motivos. De hecho, se considera un referente en la regulación europea hasta tal punto que la propia Ministra de Agricultura de España y el Director de la AICA presentaron en Bruselas la posibilidad de, basándonos en la LCA española, homogeneizar todas las legislaciones dispersas existentes sobre la cadena alimentaria en los diferentes Estados miembros con objeto de crear una sola que se aplique en toda la UE y que siga el modelo de la española.

Los aspectos más relevantes de la legislación española que podrían hacer que se convirtiera en una ley imperativa para salvaguardar la *organización política, social o económica*, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación cuando se produzcan compraventas dentro de la cadena alimentaria que afecten a otros países o cuando no se haya acordado la ley aplicable pero, sin embargo, tenga una vinculación fuerte con España son los siguientes:

En primer lugar, la LCA se aprueba con la pretensión de ser una legislación específica para el sector agroalimentario que es un eje vertebrador de la economía del país. Es decir, a diferencia de otros Estados miembros que mantienen una legislación general para todos los sectores económicos, la ley española se concentra en el sector agroalimentario que parece ser, hasta el momento, no estaba suficientemente protegido por la legislación en vigor (ley de defensa de la competencia, ley de competencia desleal, ley anti-morosidad, ley del comercio minorista, ley de marcas). Además, la

⁶⁰⁶CARRASCOSA GONZALEZ, J., *op.cit.*, nota 595, pp. 380-383.

LCA española protege a todos los eslabones de la cadena alimentaria (productor, mayorista, distribuidor) a diferencia de lo que ocurre con otras legislaciones nacionales que solo dan cobertura a los últimos escalones de la cadena alimentaria (mayoristas y minoristas)⁶⁰⁷. El fin último es proteger a los consumidores, al mercado y al funcionamiento adecuado de la economía del país. Como señalaban Araujo y Ferrer, las normas de la cadena alimentaria se consideran normas materiales de Derecho de la competencia y la política de competencia defiende un interés público de valor superior.

Otra razón es el sistema sancionador que es uno de los más elevados del panorama europeo. La LCA regula un sistema mixto que complementa el poder público con la voluntad de los operadores a través del Código de buenas prácticas mercantiles en la contratación alimentaria. La Ley crea un organismo específico de control, la AICA, dependiente del MAGRAMA, que opera como sistema público de garantía de cumplimiento de la normativa, con plenas capacidades para actuar tanto por denuncia de un interesado como por iniciativa propia, realizando inspecciones, controlando operaciones comerciales, recibiendo denuncias y proponiendo sanciones⁶⁰⁸.

Todas estas razones me llevan a concluir que la Ley de la cadena alimentaria española es la que mejor protege los bienes jurídicos objeto de protección dentro del panorama europeo y si me ciño a la sentencia *Unamar* asunto C-184/12, la ley elegida por las partes podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori*, basándose en el carácter imperativo que tienen las normas que regulan la situación, pero ello únicamente si el legislador del Estado del foro consideró crucial conceder una mayor protección que la prevista en el contrato, teniendo en cuenta la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas.

Por lo tanto, podría barajarse la posibilidad de considerar a la LCA como una ley de policía siempre que se exigiera su aplicación a toda situación, interna o internacional, comprendida dentro de su ámbito de aplicación porque ha quedado constatado que puede actuar como salvaguarda de la organización política, social o económica española y que, además, persigue intereses públicos y generales hasta tal punto de constituir una disposición cuya observancia España considera esencial.

⁶⁰⁷CREDA y AICA, *op.cit.*, nota 520, p. 127.

⁶⁰⁸*Ibidem*, p. 128.

ESTUDIO DE CASO Y CONCLUSIONES

CAPÍTULO IV. LA COMERCIALIZACIÓN DE LA PERA CONFERENCIA EN LA CCAA DE LA RIOJA. LAS ACCIONES COLECTIVAS, ¿UNA OPCIÓN PARA LOS AGRICULTORES RIOJANOS?

I. Introducción

Los agricultores riojanos de pera conferencia se quejan, hace tiempo, de una realidad que les abruma. Una realidad que, por otro lado, es extensible a otros cultivos o producciones agrarias.

Cuando llega el momento de vender su producción que normalmente suele ser a finales del mes de agosto y/o comienzos del mes de septiembre porque depende de la maduración del fruto, del azúcar, del *russeting*⁶⁰⁹ y otras variables que los técnicos consideran que son las adecuadas para la recogida de un fruto que no está plenamente maduro si no que aún va a sufrir un proceso de conservación a temperatura controlada en cámaras frigoríficas pendiente de su salida definitiva al mercado, normalmente 15 días antes de su consumo definitivo, en ese momento es cuando se sienten anulados en su poder de negociación frente a los compradores mayoristas que parece que pactaran los precios del kilo de pera y se repartieran los mercados. Esta práctica, si fuera real y se pudiera probar, estaría prohibida por el artículo 1º de la LDC y por el artículo 101 del TFUE.

Cuando escribo esta tesis doctoral, los agricultores de peras en la CCAA de La Rioja (La Rioja) se están recuperando de una situación engañosa y excepcional. Durante la cosecha 2015/2016 se vivió una ligera resaca de euforia respecto a lo bien que fueron las negociaciones el año pasado cuando el fuego bacteriano⁶¹⁰ se extendió a algunas

⁶⁰⁹El *russeting* es un término inglés que significa herrumbre o roña. Sólo se da en zonas con un determinado clima. Estas manchas son muy valoradas en el mercado. Las peras que lo tienen se pagan más caras pero se debe tener cuidado en que el *russeting* se obtenga de forma natural, sin emplear productos químicos para quemar la piel; *Russeting* en manzanas y peras, 2012, <http://www.tecnicoagricola.es/russeting-en-manzana-y-peras/> visitada el 20.05.2015; MENDOZA, S., “Costes de cultivo en pera conferencia”, *Cuaderno de campo* nº 40, Sección de Estadística, 2015; Estadística Agraria Regional 2013, Consejería de Agricultura, Ganadería y Medioambiente del Gobierno de La Rioja, Logroño, 2016, pp. 1-122, en especial p. 45

⁶¹⁰MAGRAMA, <http://www.magrama.gob.es/es/agricultura/temas/sanidad-vegetal/fuego-bacteriano>, visitada el 20.06.2016.

plantaciones de pera conferencia en Lérida⁶¹¹, cuando hubo pedrisco que dañó la producción y hubo pocos kilos de peras de gran diámetro⁶¹² que se pagaron a doblón, como nunca antes en la historia de La Rioja y de España se recuerde. Pero salvando esta realidad anómala y excepcional consecuencia de muchos factores que confluyeron y que dieron al agricultor de peras en La Rioja una fuerza extraordinaria en la negociación, la realidad nos devuelve a unos hechos que se repiten año tras año asfixiando el poder de negociación de los agricultores.

En concreto, esta cosecha 2016/2017 ha vuelto a ser un mal año para la pera conferencia en La Rioja porque se ha negociado como si hubiera habido una producción normal y, sin embargo, la cosecha ha sido un 40 por ciento inferior a lo normal. Este factor tiene una incidencia directa en los precios. Si hay mucha producción, el precio del kilo de pera disminuye. Si hay poca producción, el precio del kilo de pera aumenta. Sin embargo, quizás por la resaca que tenían los compradores por el año pasado, este año los compradores *han ofrecido* un precio que ha oscilado los 0,45-050€ el kilo y un kilo de pera cuesta producirlo 0,50€.

Sin ser muy avezados en matemáticas, las cuentas no salen. Los agricultores apenas han ganado para cubrir los gastos porque, de nuevo, no han tenido posibilidad de negociar los precios como si un halo iluminara a los compradores y todos ofrecieran, *sin querer*, el mismo precio. Hablo con generaciones pasadas de agricultores, y repito, salvo la cosecha 2015/2016 que fue una excepción porque confluyeron muchos factores, es siempre lo mismo, los agricultores venden al precio que les ofrecen, no tienen margen para negociar.

El artículo 1º de la LDC *prohíbe los acuerdos o prácticas concertadas que fijen, de forma directa o indirecta, los precios u otras condiciones comerciales o de servicio, que limiten o controlen la producción y/o la distribución, que repartan el mercado, que apliquen condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y que subordinen la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias*. El artículo 2º

⁶¹¹EUROPA PRESS, *Lleida queda fuera de la zona protegida del fuego bacteriano*, 13.02.2015, <http://www.europapress.es/catalunya/noticia-lleida-queda-fuera-zona-prottegida-fuego-bacteriano-20150213171821.html>, visitada el 20.06.2016.

⁶¹²El diámetro que se considera adecuado para la comercialización de la pera conferencia es 60 mm. La producción inferior a ese diámetro se considera *pera de segunda* y el exceso en ese diámetro se premia en el precio del kilo de pera que aumenta en proporción al aumento de ese diámetro mencionado. Ver www.perasderincondesoto.com

de la LDC prohíbe el abuso de posición dominante en el mercado y el artículo 3º prohíbe el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Dentro del objeto de esta investigación, me voy a ceñir a las actuaciones de reparto del mercado y la fijación de precios, directa o indirectamente. Los agricultores de pera conferencia en La Rioja saben (pero no lo pueden probar) que, cada campaña, justo antes de la recogida de los frutos del campo, los compradores de sus cosechas se reúnen a comer en un restaurante de la Almunia de Doña Godina en Aragón para pactar los precios máximos y mínimos de recogida por el kilo de pera. Esta actuación está completamente prohibida por las leyes de defensa de la competencia pero es muy difícil de probar, por no decir imposible.

En el cártel de la leche, cuando se recibieron denuncias en el Tribunal de defensa de la competencia de Castilla-La Mancha (hoy extinto) y fueron trasladadas a la CNMC por su ámbito geográfico de actuación, se pudieron encontrar pruebas escritas en forma de emails, actas de reuniones y acuerdos tácitos de precios. Y todas esas pruebas hacían referencia a acuerdos de precios y reparto de mercados mantenidos durante años, es decir, en el tiempo. En el sector lácteo, se pudo probar.

Lo mismo se podría decir respecto del cártel de las setas y los champiñones. En abril de 2016, la Comisión Europea condenó a Riberebro⁶¹³, fabricante y comercializador de setas y champiñones en La Rioja, a pagar más de cinco millones de euros de multa (a pesar de verse rebajada la multa en un 50 por ciento por colaborar en la investigación), por haber creado y participado en el cártel del champiñón y la seta en el EEE, haber fijado precios mínimos de los productos y haberse repartido los mercados desde septiembre de 2010 a febrero del 2012⁶¹⁴. En este caso, la investigación se inició por sorpresa y, muy importante, se pudieron probar los hechos. La prueba de la infracción es esencial porque si no, no se puede perseguir, ni sancionar ni condenar la actuación que ha dado lugar a la misma.

Sin embargo, en el sector frutícola objeto de esta investigación, parece que se llega a un callejón sin salida porque, a pesar de que parece que existen estas prácticas, no se pueden probar. La carga de la prueba recae sobre el que denuncia y el que conoce

⁶¹³Grupo Riberebro, comunicado de prensa, <http://www.riberebro.com/>, visitada el 15.06.2016.

⁶¹⁴COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de prensa, 6 abril 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1261_es.htm, visitada el 18.06.2016.

los hechos, no denuncia porque no tiene pruebas ni las puede conseguir. Y otras veces, el que podría presentar pruebas, no lo hace porque existe una cierta nobleza en el sector que les impide denunciar a un vecino o, lo que es peor, no lo hace porque no sabe cómo hacerlo ni a quién dirigirse. Según la encuesta ANfeb⁶¹⁵ realizada en febrero de 2016 a los agricultores de pera riojanos, solo el 46 por ciento de los agricultores estaría dispuesto a denunciar a un vecino si conociera de algún hecho delictivo y solo valorando la gravedad de su conducta, es decir, no en todos los casos.

Lo mismo ocurre con el reparto de mercados. Existen, yo los llamaría, *pactos de caballeros* a través de los cuales los compradores se respetan a sus proveedores salvo que un gran desacuerdo u otras circunstancias sobrevenidas impidan continuar con la relación comercial establecida durante años. El agricultor (sobre todo el de más edad) considera que si surge alguna desavenencia con su comprador, se puede quedar con toda la cosecha sin vender y sin recoger de sus *piezas*⁶¹⁶ con el consiguiente perjuicio económico para él y su familia. La fuerza negociadora del productor (madurando su fruta en el campo cada día que pasa) disminuye conforme pasan los días y los compradores lo saben. Es una negociación que se realiza en siete, máximo diez días.

Lógicamente, ese temor conduce a que el agricultor actúe sin fuerza alguna en la negociación y con escasa habilidad para resolver la venta. Por lo tanto, está irreversiblemente avocado a negociar mal o a ni siquiera hacerlo. Me refiero a una práctica detestable que, lamentablemente, está bastante extendida y es aquella en la que el agricultor le da al comprador su cosecha sin precio, es decir, pendiente única y exclusivamente de la voluntad del comprador que quiera pagarle, lo que quiera, cuando quiera y como quiera. Quizás debiera añadirse un apartado nuevo al artículo 1. 1º de la Ley de Defensa de la Competencia que recoja la “no fijación de precio cuando se retira la producción del vendedor”. Propondría un párrafo f) al artículo 1.1º completando, de esta manera, todos los acuerdos o prácticas que restringen o impiden la libre competencia incorporando un supuesto nuevo que la ley de competencia, a día de hoy, ni regula ni prevé.

⁶¹⁵Encuesta elaborada por la propia autora como estudio de campo dentro de esta investigación, realizada a un grupo de 40 agricultores de pera en la CCAA de La Rioja con fecha de 15 de febrero de 2016. En adelante, encuesta ANfeb.

⁶¹⁶En el argot agrícola se llaman así a las hectáreas de terreno.

Con la aprobación de la Ley de 12/2013, de 2 agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, España hizo uso de las prerrogativas que le concedió la Comisión para aplicar en su territorio nacional una legislación que regulara la cadena alimentaria. Y España optó por imponer la obligatoriedad de la firma de los contratos por escrito cuando se tratara de la compraventa de un producto alimentario⁶¹⁷.

De las actuaciones comerciales citadas hasta el momento, se observan posibles infracciones del artículo 1 de la LDC y de los artículos 2.4º y 8 de la LCA. Otras dos figuras más que no están tan claras son el abuso de posición dominante que está regulado en el artículo 2 de la LDC y los actos de competencia desleal previstos en el artículo 3 de la LDC. Intentaré analizar los aspectos más importantes con objeto de proponer unas pautas o comportamientos que intenten fortalecer el poder de negociación de los agricultores de peras en la Rioja con objeto de poder trasladarlo a otros sectores económicos.

Otra infracción que se observa en la comercialización de las cosechas agrarias es el incumplimiento en los plazos de cobro como establece la Ley 15/2010, de 5 julio, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁶¹⁸. La Disposición Adicional 1ª párrafo 1º de la Ley 15/2010 establece que *los aplazamientos de pago de productos de alimentación frescos y perecederos no excederán en ningún caso de 30 días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías*. Y el párrafo 2º señala que *con relación a los productos de alimentación que no sean frescos o perecederos los aplazamientos de pago no excederán en ningún caso de 60 días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías*.

De la encuesta ANfer realizada a los agricultores de peras en La Rioja, el promedio de tiempo que tardan en cobrar sus cosechas es de cinco meses, una media temporal que excede con creces lo que establece la ley. Los incumplimientos de estas leyes acarrearán muchas de hasta un millón de euros cuando se trata de sanciones muy graves, 100.000€ cuando se trata de sanciones graves y 3000€ cuando se trata de sanciones leves.

⁶¹⁷Artículo 2.4 y artículo 8 de la LCA 12/2013.

⁶¹⁸Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, BOE 6.07.2010.

Además, en la CCAA de La Rioja no existe un órgano autonómico de defensa de la competencia a pesar de que fue una prerrogativa que el Tribunal Constitucional concedió a las CCAA en España a través de la STC 208/1999, de 11 de noviembre de 1999. Doce CCAA en España han reconocido en sus Estatutos de Autonomía esta potestad y han creado organismos al efecto. De las cinco CCAA restantes, solo Cantabria es la única que no ha firmado ni siquiera un Convenio de Colaboración con la CNMC.

Desde mi punto de vista, un Convenio de colaboración tampoco representa un gran avance. A través del mismo, la CCAA delega todas las funciones en competencia a la CNMC que ya tiene demasiados asuntos que resolver a nivel nacional, sobre todo las concentraciones y las ayudas públicas. Con la firma del convenio de colaboración, las partes (CNMC y organismo autonómico respectivo) se comprometen a facilitar información y a colaborar en todos los asuntos de los que tengan constancia. La realidad es que, con la firma del Convenio de colaboración, queda justificada la inacción absoluta por parte del Gobierno autonómico que no quiere (porque no le interesa) la aprobación de un organismo autonómico de defensa de la competencia que *ponga en jaque* a los empresarios regionales que vulneren las normas de competencia.

Y me pregunto qué se puede hacer en La Rioja para defender al eslabón más débil si no hay voluntad política de perseguir las infracciones contra la libre competencia. Intentaré proponer una batería de medidas para que La Rioja deje de ser una de las regiones que menos hace por la política de competencia a pesar del tejido empresarial que tiene, de su riqueza económica y de su PIB que está compuesto, entre otros, por su agricultura.

II. La pera en el mundo, en Europa, en España y en La Rioja

La pera fue una de las frutas preferidas de los reyes persas. Su cultivo se fue extendiendo por Mesopotamia y Grecia, donde los romanos se familiarizaron con ellas para luego extenderlas por el resto de Europa introduciéndolas en España a través de la cuenca del Ebro⁶¹⁹.

Aunque existen más de cuatro mil variedades de peras, comercialmente se cultivan muy pocas. Algunas de las más importantes son la pera Williams, Blanquilla, Abate Fetel, Passacrassana y la pera Conferencia⁶²⁰.

Los principales productores de pera del mundo son China, Estados Unidos e Italia⁶²¹. La previsión acerca de la producción de pera en China es que aumente porque el consumo interno es elevado y tienen capacidad productora. En Estados Unidos ha aumentado el consumo interno de la pera y son grandes exportadores por lo que, a pesar de ser grandes productores, su balance es deficitario porque necesitan importar grandes cantidades de la misma para abastecer el comercio internacional que han creado.

Si se dividiera el mundo en continentes para organizar a los principales productores de peras del mundo, en primer lugar se encontraría Asia que representa el 62 por ciento de toda la producción mundial. Le sigue a mucha distancia Europa con un porcentaje de un 22 por ciento. Norteamérica, Sudamérica y África tienen respectivamente un 6, un 6 y un 3 por ciento de la producción total lo que representa un porcentaje muy pequeño comparado con Asia⁶²².

Para la FAO, en el ranking mundial de países productores de peras, España ocupa el sexto lugar después de China, Estados Unidos, Italia, Argentina y Turquía⁶²³.

⁶¹⁹VILLEGAS BECERRIL, A., "Alimentación de las élites romanas", *Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, n° 10, 2003, pp. 11-17.

⁶²⁰Frutas & Hortalizas, variedades, pera, <http://www.frutas-hortalizas.com/Frutas/Tipos-variedades-Pera.html>, visitada el 21.06.2016.

⁶²¹TORANZO, J., "Producción mundial de manzanas y peras", *Colección Divulgación*, INTA Ediciones, Río Negro, Argentina, 2014, pp. 1-40, especialmente p. 19.

⁶²²MARM, Ministerio de Medioambiente y Medio Rural y Marino, *Estudio de la cadena de valor y formación de precios de la pera*, Observatorio de precios de los alimentos, 2009, pp. 1-52, especial p. 10, http://www.magrama.gob.es/es/alimentacion/servicios/observatorio-de-precios-de-los-alimentos/EstudioPera_tcm7-182802.pdf, visitada el 15.02.2016.

⁶²³FAOSTAT data (datos estadísticos de FAO, sección de Agricultura y Alimentación de Naciones Unidas), Naciones Unidas, 2011; WAPA World Apple and Pear Association, Apple and Pear Production

Le siguen Sudáfrica, India, Holanda y Bélgica. Este dato es importante porque de estos países productores de pera, los que producen la pera conferencia en Europa son España, Holanda y Bélgica lo que los convierte en competidores directos.

Según Comtrade, la base datos de comercio de Naciones Unidas, los mayores exportadores de pera en el mundo son Holanda, Argentina, Bélgica, China, Sudáfrica, Estados Unidos, Italia, Portugal y España⁶²⁴. Este dato, contrastado con el anterior, indica que Holanda y Bélgica producen mucho más de lo que consumen lo que podría ser un *handicap* para España en términos de competitividad si habláramos de un mercado global de comercialización de pera conferencia en el mundo.

En Europa, el cultivo del peral se ha basado en un reducido número de variedades que se han cultivado tradicionalmente a lo largo de los siglos. La mayoría de ellas tienen su origen en el siglo XVII y desde entonces se han cultivado hasta nuestros días. Cada país se ha caracterizado por cultivar de forma específica pocas variedades. En el caso de Italia la más importante es la Abate Fetel, en Bélgica y Holanda la pera Conferencia representa la práctica totalidad de la producción. En Francia las variedades más importantes son la pera Limonera o Guyot y la pera Williams⁶²⁵. Bélgica y Holanda se presentan como grandes competidores de la producción de la pera conferencia en La Rioja.

En Europa, estos últimos años, ha disminuido la producción de pera debido al fuego bacteriano⁶²⁶ que ha obligado a arrancar perales de raíz y al descenso en el consumo doméstico de esta fruta que ha caído en todo el espacio geográfico de la UE. Por otro lado, se ha producido un incremento en las producciones de pera en los países del hemisferio sur donde el clima es más cálido para el cultivo de los perales. Así, han

by country and year 2003-2013, World Data Report, <http://www.wapa-association.org>, visitada el 20.02.2016.

⁶²⁴World Apple and Pear Association, World Data Report, Apple and Pear Exports by country and year 2003-2014, http://www.wapa-association.org/asp/page_1.asp?doc_id=446, visitada el 20.02.2016.

⁶²⁵IGLESIAS CASTELLARNAU, I. y CASALS PELEGRI, E., “Evolución de la producción de pera en España y análisis del mercado”, *Vía Rural* nº 15, 2013, pp. 36-43, en especial p. 37.

⁶²⁶MAGRAMA. El fuego bacteriano es una grave enfermedad que afecta fundamentalmente a plantas de la familia de las rosáceas, tanto frutales de pepita como ornamentales y silvestres, causando graves perjuicios tanto en términos fitosanitarios como económicos. El agente causal de la enfermedad es la bacteria *Erwinia amylovora*, considerada como organismo nocivo de cuarentena en la Unión Europea, para la que existe legislación específica sobre medidas preventivas contra la introducción y difusión como la prevista en el RD 58/2005, así como un programa nacional de erradicación y control del fuego bacteriano de las rosáceas previsto en el RD 1201/1999.

entrado en escena nuevos países productores como son Argentina, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda⁶²⁷.

La producción de pera en la UE-28 en los últimos años ronda los 2,2 millones de toneladas anuales, con variaciones importantes de un año a otro dependiendo de la especie y las condiciones meteorológicas. Italia es el principal productor de la UE-28 con un 31 por ciento, seguido de España con un 17 por ciento y a cierta distancia se encuentran Holanda con un 11 por ciento y Bélgica con un 10 por ciento⁶²⁸.

El árbol de la pera conferencia tiene un tamaño medio que florece relativamente tarde, dado que es en agosto y septiembre cuando se recoge su fruto. Las peras de esta variedad tienen un tamaño medio y se caracterizan por ser bastante alargadas y por su color verde claro con manchas marrones que se conoce como *russeting*⁶²⁹. Una de sus ventajas, al margen de su calidad, es que pueden conservarse durante un periodo largo que oscila entre los seis y los nueve meses en cámaras refrigeradas a temperatura controlada.

La pera conferencia se llama así porque se presentó en la Conferencia Nacional de Peras Británicas de 1895. Desde 1884 existía esta variedad, pero hasta entonces no se le había puesto nombre. Su origen es casual, ya que su hallazgo se produjo porque se había convertido en planta de semillero por casualidad, a partir de la variedad Leon Leclerc de Laval⁶³⁰. La variedad obtuvo rápidamente una posición importante en el cultivo de peras y es la que más se cultiva en Europa. En las últimas décadas la calidad de este tipo de pera se ha incrementado gracias a la modificación en la técnica del cultivo, hasta posicionarse como número uno indiscutible. Esta pera ocupa el 70 por

⁶²⁷MARM Ministerio de Medioambiente y Medio Rural y Marino, *Estudio de la cadena de valor y formación de precios de la pera*, Observatorio de precios de los alimentos, 2009, pp. 1-52, en especial p. 10, visitada el 15.02.2016.

⁶²⁸IGLESIAS CASTELLARNAU, I. y CASALS PELEGRI, E., “Evolución de la producción de pera en España y análisis del mercado”, *Vía Rural* nº 15, 2013, pp. 36-43, especialmente p. 39; COMISIÓN EUROPEA, Grupo de trabajo previsión de peras, 2013, <http://www.wapa-association.org>, visitada el 22.06.2015; AFRUCAT, Asociación Empresarial de Fruta de Cataluña, con información complementaria del WAPA, World Apple and Pear Association.

⁶²⁹El *russeting* es un término inglés que significa herrumbre o roña. Sólo se da en zonas con un determinado clima. Estas manchas son muy valoradas en el mercado. Las peras que lo tienen se pagan más caras pero se debe tener cuidado en que el *russeting* se obtenga de forma natural, sin emplear productos químicos para quemar la piel, nota 609.

⁶³⁰BOZAL ANDRÉS, A., *Influencia de la polinización en el cuajado del peral conferencia en plantaciones del valle del Ebro*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2014, pp. 1- 52, en especial p. 14.

ciento del cultivo de peras en Bélgica y Holanda. En España, la producción de pera conferencia, frente al resto de variedades, representa el 35,9 por ciento del total⁶³¹.

En España, el mayor cambio varietal se debió a la introducción de la pera conferencia a finales de los años 70 que continuó creciendo hasta el año 2000 cuando se convirtió en la primera variedad producida en España, desplazando a la pera blanquilla que era la que más se había producido y vendido hasta el momento⁶³². En la actualidad, la pera conferencia sigue siendo la variedad más importante en España y en la UE-28 aunque su producción se ha estabilizado o, incluso, decrecido.

El cultivo del peral se sitúa principalmente en el Valle del Ebro donde se produce cerca del 60 por ciento de la producción nacional. La distribución de la producción de pera en España por regiones corresponde a Cataluña en un 53 por ciento, a Aragón en un 15 por ciento, a La Rioja en un 14 por ciento, a Murcia en un 5 por ciento, a Castilla y León en un 3 por ciento y un 2 por ciento residual en otras zonas. De estas regiones, tres de ellas cuentan con Denominación de Origen Protegidas (DOP) como es la DOP Peras de Lleida en Cataluña, DOP Peras de Rincón de Soto en La Rioja, DOP Peras de Jumilla en Murcia y una Marca de Calidad Pera Conferencia del Bierzo, en León. De estas regiones, es en La Rioja y en el Bierzo donde se cultivan y producen las peras conferencia. En las otras regiones españolas, se producen otras variedades de peras.

La creación de diferentes DOPs en España, unido a diferentes campañas de comunicación al consumidor son aspectos importantes para relanzar el consumo de esta fruta tan popular en España y en los países europeos⁶³³. Eso y programas impulsados por las instituciones comunitarias como los programas de Fruta y leche en las escuelas.

Como señalan los Cuadernos de Campo que elabora la Consejería de Agricultura en La Rioja, el peral es, tras la uva, el champiñón y el trigo, el cultivo que más aporta a la economía agraria riojana. Además, entre la fruta dulce, es el único que ha logrado incrementar su superficie en las últimas dos décadas, lo que se ha conseguido gracias a una importante reconversión de las variedades tradicionales hacia la pera conferencia

⁶³¹OCHOA LINZOAIN, L., *Influencia de la polinización en el rendimiento de la variedad de peral Conferencia en plantaciones ubicadas en el Valle Alto del Ebro*, Universidad Pública de Navarra, junio 2013, pp. 1-49, en especial p. 9.

⁶³²IGLESIAS CASTELLARNAU, I. y CASALS PELEGRI, E., *op.cit.*, nota 628, pp. 37-38.

⁶³³*Ibidem*, p. 40.

que alcanza en la actualidad más del 80 por ciento de la superficie total de peral riojano⁶³⁴.

En La Rioja hay un total de 10.026 explotaciones de perales. La mayoría de las explotaciones cuentan con pocas parcelas, lo que se conoce como minifundio. Llama la atención que muchas explotaciones son pequeñas (hay 2.460 explotaciones que cuentan con entre 2 y 5 hectáreas (has) y pocas explotaciones son muy grandes (343 explotaciones cuentan con más de 100 has). Es decir, unos pocos tienen la mayoría de los perales en La Rioja. Con esta distribución de la riqueza en el campo, se entienden mejor las críticas que han recibido las sucesivas reformas de la PAC donde el 80 por ciento de las ayudas de la PAC iban a parar al 20 por ciento de los agricultores. Es decir, el modelo de agricultura familiar que se promueve choca con el sistema de reparto de las ayudas implantado por la PAC.

Las cinco variedades de peras que se producen y comercializan en La Rioja son Castell, Limonera, Ercolini, Blanquilla y Conferencia, siendo la más importante de todas, la pera conferencia. Según la modalidad de pera que se venda, los precios por kg difieren, siendo las mejor pagadas las peras conferencia. Cuando la pera tiene fallos o defectos por falta de calibre o por pedrisco, la pera se vende para zumo de pera y el precio por kg de pera es muy inferior rondando los 0,05-0,10€/kg de pera⁶³⁵, frente a los 0,50-0,60€/kilo de pera cuando está en perfectas condiciones para su comercialización y consumo.

En 2014 había registrada en La Rioja una producción de casi 56 millones de kilos de peras⁶³⁶. En veinticinco años ha pasado de casi 30 millones de kilos a casi 56 millones de kilos⁶³⁷ aumentando considerablemente el rendimiento por hectárea. De él se obtienen cerca de 27 millones de euros anuales cuando la producción gira en torno a las 50 millones de kilos por campaña, representando la pera conferencia unos 40

⁶³⁴MENDOZA, S., “Costes de cultivo en pera conferencia”, *Cuaderno de campo* nº 40, Sección de Estadística, 2015; Estadística Agraria Regional 2013, Consejería de Agricultura, Ganadería y Medioambiente del Gobierno de La Rioja, Logroño, 2016, pp. 1-122, en especial p. 56.

⁶³⁵MARM Ministerio de Medioambiente y Medio Rural y Marino, *Estudio de la cadena de valor y formación de precios de la pera*, Observatorio de precios de los alimentos, 2009, pp. 1-52, especial p. 15, http://www.magrama.gob.es/es/alimentacion/servicios/observatorio-de-precios-de-los-alimentos/EstudioPera_tcm7-182802.pdf, visitada el 15.02.2016.

⁶³⁶Estadística Agraria Regional 2013, Consejería de Agricultura, Ganadería y Medioambiente del Gobierno de La Rioja, Logroño, 2016, p. 38.

⁶³⁷Consejería de Agricultura de La Rioja, Estadística Agraria, Datos históricos por cultivos, Peral, 2015, <http://www.larioja.org/larioja-client/cm/agricultura/images?idMmedia=599694>

millones de kilos del total. Parte del éxito de la rentabilidad de esta fruta se debe a la creación, en 2002, de la DOP Peras de Rincón de Soto, bajo cuyo sello se comercializan unos 17 millones de kilos de peras⁶³⁸. La DOP es la figura de máxima protección de la calidad que puede obtener un producto agrario. Además, fueron las primeras peras españolas en lograr este reconocimiento.

III. La Denominación de Origen Protegida de peras de Rincón de Soto

La reforma de la PAC de 2013 puso especial atención en el incremento de la competitividad sectorial y el refuerzo de los instrumentos para lograr un nuevo equilibrio en la cadena alimentaria. Se impuso la obligación a los Estados miembros de reconocer las OPs, AOPs y las interprofesionales y se potenció la política de promoción y la de calidad en el llamado *paquete calidad*⁶³⁹.

A través de la política de calidad de la UE, la PAC provee herramientas para resaltar la calidad y la tradición asociada a los productos registrados y asegurar a los consumidores que esos productos son los originales. Como resultado, estos sellos que lo certifican ayudan a los productores y a las asociaciones de productores a posicionar sus productos en el mercado, mientras aseguran una protección legal ante el mal uso o la falsificación que se puede dar del nombre del producto. En términos más amplios, las indicaciones geográficas son parte de los derechos de propiedad intelectual de la UE. Los sellos son tres; la Denominación de Origen Protegida (DOP), la Indicación Geográfica Protegida (IGP) y la Especialidad Tradicional Garantizada (ETG)⁶⁴⁰.

Históricamente, la protección a las indicaciones geográficas y a las denominaciones de origen de los productos agrarios se realizó con la publicación del Reglamento nº 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992⁶⁴¹ que quedó derogado por el Reglamento nº 510/2006 del Consejo, de 20 de marzo de 2006, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios⁶⁴².

⁶³⁸MENDOZA, S., *op.cit.*, nota 635, pp. 25-29.

⁶³⁹GUILLEM CARRAU, J., *op.cit.*, nota 87, p. 154.

⁶⁴⁰COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Agricultura, Agricultura y Desarrollo Rural, Política de Calidad, http://ec.europa.eu/agriculture/quality/index_en.htm, visitada el 15.06.2016.

⁶⁴¹Publicado en el DOUE 24.07.1992.

⁶⁴²Publicado en el DOUE 31.03.2006.

En el considerando cinco del Reglamento nº 510/2006 se recomendaba convertir en obligatorio el uso de dichos símbolos y estableció que el ámbito de aplicación del Reglamento debía limitarse a los productos agrícolas y alimenticios respecto de los cuales existiera un vínculo entre sus características y su origen geográfico. Se distinguieron dos niveles de descripción geográfica como son las IGP y las DOP. La ETG no hacía referencia al origen, sino que tenía por objeto proteger los métodos de producción y las recetas tradicionales.

El Reglamento nº 510/2006 quedó derogado, a su vez, por el Reglamento nº 1151/2012, de 21 de noviembre de 2012, que desarrolla los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios⁶⁴³ y es que el que está actualmente en vigor. Este reglamento se aplica a los productos agrícolas y alimenticios diferentes del vino y de las bebidas espirituosas.

Este Reglamento nº 1151/2012 destaca que, entre las prioridades de la Estrategia Europa 2020 que establece la Comisión en su Comunicación *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, figura la política de calidad de los productos agrícolas cuyo fin es proporcionar a los productores los instrumentos adecuados no solo para identificar y promover aquellos de sus productos que presenten características específicas, sino también para proteger a dichos productores de las prácticas desleales.

El artículo 1 del Reglamento nº1151/2012 establece que su objeto es ayudar a los productores de productos agrícolas y alimenticios para que informen a los compradores y consumidores de las características y las cualidades de producción de dichos productos, garantizando a) una *competencia leal* para los agricultores y productores de productos agrícolas y de alimentos que presenten características y atributos con valor añadido y b) la accesibilidad de los consumidores a información fiable relativa a tales productos.

Por su parte, el artículo 6.3º del Reglamento nº 1151/2012 señala que todo nombre propuesto para su registro que sea total o parcialmente homónimo de otro nombre que ya esté inscrito en el registro establecido, en virtud del artículo 11, no podrá registrarse a menos que en la práctica puedan distinguirse suficientemente las

⁶⁴³Publicado en el DOUE 14.12.2012.

condiciones de uso tradicional y local y la presentación del homónimo registrado en segundo lugar y del que ya esté inscrito en el registro, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar un trato equitativo a los productores involucrados y de no inducir a error a los consumidores. Esto explicaría que, a pesar de que al 44 por ciento de los agricultores de pera riojanos encuestados⁶⁴⁴ les hubiera gustado que la DOP de Peras de Rincón de Soto se hubiera llamado DOP Peras de La Rioja, esta posibilidad no sea factible porque ya existe la DOCa Rioja para la uva y podría incitar a confusión.

Precisamente, uno de los dos temas que fue objeto de duras negociaciones en el *hibernado TTIP* fueron las denominaciones de origen que no eran reconocidas por los Estados Unidos. Según datos facilitados por la Comisión Europea, los productos agrícolas con DOP e IGP representan más de 800 productos en la UE y la facturación que generan asciende a más de 14.200 millones de euros⁶⁴⁵. Poner en peligro este segmento de mercado, podría suponer que se tambalearan los cimientos económicos y de producción y promoción agrícola y rural de la UE. A este respecto, la Comisión Europea se mostró inamovible antes de dejar en indefensión a todas las denominaciones de origen europeas y dar vía libre para producir en cualquier parte del mundo estos productos protegidos por nuestra legislación.

En La Rioja, la DOP Peras de Rincón de Soto obtuvo en el año 2002, a través de la Orden de Agricultura Pesca y Alimentación APA/3066/2002, de 25 de noviembre, el reconocimiento como Denominación de Origen Protegida, convirtiéndose en la primera fruta de este tipo en contar con esta distinción. La Orden APA/3066/2002 ratificó el Reglamento de la IGP de Peras de Rincón de Soto, vigente hasta el 29 de enero de 2011, fecha en la que entró en vigor la Orden 6/2011, de 17 de enero de 2011, de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural por la que se aprueba el Reglamento de la DOP Peras de Rincón de Soto y su órgano de gestión.

La distinción de la DOP la concede la Unión Europea y significa la máxima vinculación del producto con el territorio, dado que tanto el cultivo como el manipulado se realiza en una zona determinada. El Consejo Regulador de la DOP de Peras de

⁶⁴⁴Según la encuesta anónima ANfer realizada por la autora para este estudio con fecha de 15 de febrero de 2015.

⁶⁴⁵COMISIÓN EUROPEA, *Los productos agrícolas con DOP e IGP*, Agricultura y Desarrollo Rural newslettter 2010, http://ec.europa.eu/agriculture/quality/schemes/newsletter-2010_es.pdf, visitada el 15.06.2016.

Rincón de Soto se encarga de la gestión y la defensa de la DOP y de la aplicación de su Reglamento.

La DOP Peras de Rincón de Soto se rige, a nivel comunitario, por el Reglamento nº 1151/2012 y el Reglamento nº 1246/2013 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2013⁶⁴⁶, por el que se aprueba una modificación del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de DOP y de IGP. La modificación es la relativa a la ampliación de la DOP Peras de Rincón a 23 municipios más y no solo a cuatro municipios como cuando se creó. Por lo tanto, la DOP Peras de Rincón se aplicará a un total de 27 municipios en La Rioja. Con esta modificación, se pretende que aumente la producción de peras en La Rioja amparada bajo la DOP Peras de Rincón de Soto.

Las adhesiones a la DOP Peras de Rincón de Soto están aumentando y ahora representan el 44 por ciento de los agricultores de peras de La Rioja, que no significa el 44 por ciento de la superficie de árboles de pera porque sólo se están calculando los agricultores personas físicas, no la superficie de terreno de perales que tiene cada agricultor. Según los datos obtenidos de la encuesta ANfer, el 50 por ciento de los agricultores de peras riojanos se ha planteado en alguna ocasión pertenecer a la DOP Peras de Rincón de Soto aunque las razones que alegan para todavía no hacerlo son falta de información, falta de tiempo para gestionarlo y la ausencia de necesidad real para agruparse.

La DOP Peras de Rincón de Soto experimentó en la campaña 2011-2012 un incremento en sus ventas de un 54 por ciento respecto a la campaña anterior. Estos datos se explican por el incremento de su cuota de mercado en todo el país⁶⁴⁷. Han pasado catorce años desde que se creó la DOP y ésta continúa creciendo, agregando hectáreas de cultivo y toneladas de producto, creando una infraestructura comercializadora sólida y ganando visibilidad y prestigio en los mercados.

El mapa humano lo componen 315 cultivadores inscritos en la DOP y seis centrales comercializadoras. Las dos comercializadoras más grandes son la Sociedad Agraria de Transformación (SAT) Valle de Rincón y la Cooperativa Kumix. Estas dos

⁶⁴⁶Publicado en el DOUE 4.12.2013.

⁶⁴⁷Consejo Regulador de la DOP Rincón de Soto, 2012, <http://www.perasderincondesoto.com>, visitada el 15.02.2016.

asociaciones integran aproximadamente a la mitad de los productores y venden el 60 por ciento de la producción. Otras tres centrales son privadas y compran el producto a los agricultores inscritos y la sexta pertenece a un productor.

Entre los principales clientes de estas centrales comercializadoras están las grandes superficies a las que se calcula que se vende el 65 por ciento de la producción. A través de esta estructura comercializadora, la mitad del producto se vende a Madrid donde las grandes superficies tienen sus sedes que luego distribuyen por todo el territorio nacional. En La Rioja se vende un 3,5 por ciento de la producción, fundamentalmente a través de los minoristas.

IV. El asociacionismo de los agricultores de pera en La Rioja

En el sector agrícola, es conveniente que los agricultores se asocien, sobre todo si se trata de empresas agrícolas de carácter familiar. Deben colaborar en la creación de empresas cooperativas y asociaciones profesionales para defender los precios de los productos del campo⁶⁴⁸.

El 45 por ciento de los agricultores riojanos encuestados⁶⁴⁹ se dedica en exclusividad al cultivo de la pera, mientras que el otro 55 por ciento restante tiene, además de la pera, otros cultivos agrarios, lo que se conoce como policultivo. Esto explica la dificultad para llegar a administrar y gestionar todas las tierras de forma adecuada y eficaz.

En La Rioja, el 56 por ciento de los agricultores están solos, no pertenecen a ninguna agrupación ni asociación de ningún tipo y representan aquellos que tienen un promedio de 6-10 hectáreas. Se trata de una agricultura familiar y minifundista. La concentración parcelaria no se ha desarrollado tanto como hubiera gustado a las instituciones europeas, entre otras razones porque son tierras muy ricas que pertenecen a diferentes propietarios y es muy difícil comprar y vender esos terrenos que están en pleno rendimiento con la intención de agrupar tierras de un único propietario.

Estos datos coinciden con los datos que se extraen a nivel europeo donde las explotaciones de frutas y hortalizas se caracterizan por ser generalmente pequeñas, con menos de 10 hectáreas en términos de superficie agrícola utilizada, a excepción del

⁶⁴⁸MATER ET MAGISTRA Carta Encíclica de su santidad JUAN XXIII, la Santa Sede, Roma, 1961, pp. 1-55, en especial pp. 31-32, visitada el 28.07.2016.

⁶⁴⁹Encuesta ANfer de elaboración propia por la autora de esta investigación, 15.02.2016.

Reino Unido que cuenta con un promedio de terreno por explotación agraria de 12,1 has.⁶⁵⁰.

Las peras en La Rioja se pueden vender directamente desde el campo a través de palots de madera⁶⁵¹ con una capacidad de 270-280 kilogramos o bien, se pueden mantener dentro de los palots de madera en cámaras frigoríficas a una temperatura controlada con objeto de sacarlas al mercado unos quince días antes de su venta. En este segundo supuesto, los agricultores que tienen cámaras frigoríficas, acortan el canal de distribución pero también aumentan sus gastos porque deben amortizar las cámaras y los almacenes. Se podría decir que aumenta el riesgo y el gasto del agricultor que tiene sus propias cámaras, pero la ganancia que puede obtener al acortar el canal de distribución también es mayor.

De los agricultores encuestados, el 54 por ciento vende sus peras directamente en cajones de madera desde el campo al mayorista y el 46 por ciento restante tiene sus propias cámaras de temperatura controlada para comercializarlas después. Qué duda cabe que esta logística les concede un grado de independencia y autonomía mayor respecto al comprador.

El 71 por ciento de los agricultores encuestados se ha planteado asociarse a otros agricultores en alguna ocasión. Les ha frenado la falta de acuerdos y la falta de confianza. Hay otras razones como los aportes económicos que hay que realizar, la lentitud en la toma de decisiones, no saber delegar en otros, pero la falta de acuerdos entre los agricultores se presenta como la mayor inquietud. Llama la atención que el 29 por ciento de los agricultores encuestados no se ha planteado nunca el asociacionismo. Consideran que asociarse es una manera de proteger a aquellos que tienen un mal fruto o que trabajan poco y quedarían protegidos bajo la pertenencia a un grupo mayor.

En La Rioja existen seis cooperativas de peras: Frutos del Campo Sociedad Cooperativa Kumix en Aldeanueva, Cooperativa Frutos del Campo Nuestra Señora de Villavieja en Nalda, Cooperativa Garu en Santo Domingo, Cooperativa Agrícola San Isidro en Albelda, Riojafrut Sociedad Cooperativa en Alfaro y Cooperativa El Raso en Calahorra. Asimismo existen distintas Sociedades Agrarias de Transformación

⁶⁵⁰JULIÁ, J. F. et al., *op.cit.*, nota 580, p. 67.

⁶⁵¹MADELEA, Palots de madera, <http://www.madelea.com/es/palots-de-madera>, visitada el 26.11.2016.

(SAT)⁶⁵², una de las más importantes es Valle del Rincón SAT en Rincón de Soto y muchas Sociedades Limitadas (SL) y Sociedades Anónimas (SA).

En torno a las cooperativas y a las SAT, se han creado las Organizaciones Profesionales de Frutas y Hortalizas (OPFH) al amparo de la promoción que han realizado las instituciones comunitarias y quizás por el propio paraguas que les protege y ayuda. Las OPFH que trabajan con peras en La Rioja y que han sido reconocidas⁶⁵³ por el órgano competente en La Rioja que es la Consejería de Agricultura son la Sociedad Cooperativa Transregional Frutos del Campo KUMIX, la Sociedad Cooperativa Regional GARU, la Sociedad Cooperativa Transregional Hortofrutícola EL RASO y la SAT Regional Frutas y Verduras VALLE DE RINCÓN.

Asimismo, existe una cooperativa de tercer grado que la constituye el Grupo AN cuya sede central está en Navarra y que trabaja con productos del sector primario, entre ellos, peras de La Rioja. El Grupo AN está integrado por 157 socios, de los cuales 146 son cooperativas de primer grado, nueve son cooperativas de segundo grado⁶⁵⁴ y dos sociedades limitadas. Cuenta con más de 30.000 productores que facturan más de 775 millones de euros. Su ámbito geográfico abarca ocho CCAA.

A través de la aprobación de la Ley 13/2013, de 3 de agosto de 2013, de fomento de integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario⁶⁵⁵, el MAGRAMA ha concedido a tres cooperativas el reconocimiento de Entidad Asociativa Prioritaria (EAP), una de ellas ha sido el Grupo AN⁶⁵⁶ que sería la única de las tres EAP que trabaja con frutas y hortalizas. La EAP que ha creado el Grupo AN está formada por 118 cooperativas socias del Grupo AN, ubicadas en 17 provincias de 6 Comunidades Autónomas: Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, La Rioja y Navarra.

⁶⁵² Artículo 1 del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las sociedades agrarias de transformación.

⁶⁵³ Artículo 4 del Real Decreto 1972/2008, de 28 de noviembre, sobre reconocimiento de organizaciones de productores de frutas y hortalizas.

⁶⁵⁴ JULIÁ, J.F. et al., *op.cit.*, nota 580, p. 145.

⁶⁵⁵ Publicado en el BOE 3.08.2013.

⁶⁵⁶ Las otras dos EAP reconocidas en España son OVISPAIN del sector cárnico y DCOOP del sector alimentario y de crédito. El Grupo AN sería la única del sector hortofrutícola.

Con las seis cooperativas, las cuatro OPFH, la cooperativa de tercer grado y varias SAT, SA y SL quedaría resumido muy someramente el panorama asociativo riojano en el mercado de la pera conferencia objeto de este estudio.

El fortalecimiento de las OP es una de las medidas estrella de la reforma de la PAC de 2013 y se convierte en la herramienta más poderosa para aumentar el poder de negociación de los productores agrarios frente a la distribución o la industria⁶⁵⁷. Las pueden constituir productores que comercializan su producción en común y sus miembros pueden ser Cooperativas, Sociedades Agrarias de Transformación (SAT), Sociedades Mercantiles u otras entidades con personalidad jurídica.

La función primordial de las OP es equilibrar la cadena y aumentar la rentabilidad de los productos. Hay que tener presente que el sector de las frutas cuenta con productos muy perecederos, su calidad puede variar de un año a año, su cotización es inestable y sus mercados están sometidos a muchas imperfecciones además de enfrentarse a la debilidad del mercado interno porque el consumo de fruta y verdura en la UE está descendiendo desde hace años⁶⁵⁸. En concreto, el consumo de pera en los hogares españoles descendió un 3,7 por ciento desde el 2009 hasta el 2016⁶⁵⁹.

Entre los objetivos de las OPFH figuran planificar la producción de sus asociados y adecuarla a la demanda del mercado, concentrar la oferta y la comercialización de sus producciones, reducir los costes de producción y regular los precios, fomentar técnicas de cultivo y producción sostenibles y respetuosos con el medioambiente.

Se observa, a escala europea, nacional y local, que se han creado muchas OP pero su tamaño medio es bastante reducido, el nivel de concentración es bajo y las diferencias territoriales son acusadas, entre otras razones porque los procesos de concentración suelen ser costosos. Las razones para estar a favor de las OP es que mejoran la gestión porque vender conjuntamente suele representar un proyecto

⁶⁵⁷COMPÉS LÓPEZ, R., *op. cit.*, nota 11, pp. 247-253.

⁶⁵⁸La recomendación de la OMS es de un consumo diario de 400 gramos de productos frescos al día. El consumo de frutas y verduras en la UE-28 en 2012 es de 386,96 gramos/persona/día y va disminuyendo. FRESHFEL CONSUMPTION MONITOR, abril 2014.

⁶⁵⁹FEPEX, España, Evolución del consumo de hortalizas y frutas en el hogar por años, 2016, fuente: MAGRAMA, <http://www.fepex.es/Info/Documentos/pdf/Consumo/EvolucionConsumo.pdf>, visitada el 30.05.2016.

empresarial común y es muy difícil diseñar estrategias comerciales sin una organización productiva detrás que las respalde.

El principio de cofinanciación público-privada del 50 por ciento por el que se rigen las OPFH genera una cultura de responsabilidad en el uso de los recursos y la gestión de las ayudas. Normalmente, su diseño responde a las necesidades de los productores para atender las demandas de los mercados y hacer frente a la competencia. Con ellas se reducen los riesgos y los costes de transacción ya que mejoran las relaciones comerciales en el interior de la cadena dando más seguridad a los productores y creando una cultura de confianza y colaboración entre las partes⁶⁶⁰.

El talón de Aquiles de las OPFH es que el porcentaje de los agricultores que se adhiere a las mismas sigue siendo bajo aunque, en mi opinión, el asociacionismo en La Rioja debe pasar si o si por integrarse en una OP ya constituida o en una nueva OP siempre que reúnan, como mínimo, dos de los objetivos previstos en el artículo 33 del Reglamento 1308/2013⁶⁶¹. Para la creación de una nueva OPFH en La Rioja, cada año se abre una convocatoria por el órgano competente, la Consejería de Agricultura y Desarrollo Rural, y se debe solicitar a partir del 15 de septiembre en la Administración correspondiente.

La reglamentación que afecta a las OPFH es el Reglamento nº 543/2011, de 7 de junio de 2011, por el que se establecen disposiciones en los sectores de las frutas y las hortalizas; el Real Decreto 1337/2011, de 3 de octubre, por el que se regulan los fondos y programas operativos de las OPFH; el Real Decreto 1972/2008, de 28 de noviembre, sobre reconocimiento de OPFH. También es importante el Real Decreto 970/2014, de 21 de noviembre y los artículos 33 a 38 del Reglamento nº 1308/2013.

Por lo tanto, si se observa el peso que está adquiriendo la Ley 13/2013 de Integración Asociativa y se analiza la realidad de los agricultores de peras en La Rioja,

⁶⁶⁰COMPÉS LÓPEZ, R., *op.cit.*, nota 11, pp. 250-252.

⁶⁶¹El artículo 33 del Reglamento nº 1308/2013 establece que los programas operativos en el sector de las frutas y hortalizas tendrán una duración mínima de tres años y máxima de cinco. Deberán tener al menos dos de los objetivos siguientes: a) planificación de la producción, incluidos la previsión y el seguimiento de la producción y del consumo, b) mejora de la calidad de los productos, ya sean frescos o transformados, c) incremento del valor comercial de los productos; d) promoción de los productos, ya sean frescos o transformados, e) medidas medioambientales, en particular las relativas al agua, y métodos de producción que respeten el medio ambiente, incluida la agricultura ecológica y f) prevención y gestión de crisis.

resulta interesante no solo la promoción y el impulso de las cooperativas, sino también la creación o la participación de las mismas en alguna OPFH porque eso va a reportar grandes ventajas a la agricultura como escalón primario.

El cooperativismo agrario aparece como una alternativa válida, pero muchas veces su mal funcionamiento afecta a su operatividad. Las cooperativas están gobernadas por juntas de cooperativistas y eso afecta directamente a la adopción de acuerdos que precisan de mucha agilidad y, sin embargo, se alargan indebidamente. Una opción más ágil que requeriría un gasto mayor sería contar con una gerencia privada que velara por los intereses de los cooperativistas. En las cooperativas de agricultores normalmente quiere mandar más el que más tierras tiene y en ellas, cada socio representa un voto con independencia de su patrimonio. Por lo tanto, existen cooperativas pero no funcionan bien por lo que el problema persiste. Pertener o no a una cooperativa no es garantía de obtener un mejor precio por el kilo de peras. El condicionante de la fijación de los precios por parte de los compradores existe aunque el vendedor sea un agricultor, una cooperativa, una SAT o cualquier otra persona jurídica.

El 56 por ciento de los agricultores están solos y deben negociar con el comprador la venta de su cosecha. Normalmente, el agricultor que está solo no tiene cámaras frigoríficas que le permitan alargar la vida útil de su producto por lo que tiene que vender la producción estando aún en el árbol en un margen de dos semanas máximo porque si no, la pera madura demasiado y se pierde. Si no consigue cerrar un acuerdo, será peor porque no tiene apenas margen para buscar a otro comprador y vender sus peras con lo que peligra toda su producción y, además, el sustento y la economía de su familia. El agricultor acude a la negociación con presión.

El comprador-mayorista-distribuidor conoce esta circunstancia y se aprovecha. Abusa de esta circunstancia y de que previamente se han reunido los compradores para pactar los precios de compra. Esta realidad que se vive en el sector frutícola guarda muchas similitudes con el sector ganadero.

Lo peor no es que cuando hay muchas peras, el precio del kilo disminuye como ocurrió con el veto de Rusia en 2014 que el mercado español se inundó de peras conferencia y se vendieron para hacer zumo a un precio irrisorio de 0,05ct/kg de pera; y cuando hay pocas peras debido a la climatología, el pedrisco, tormentas y/o heladas el

precio del kilo de pera aumenta. Lo gravoso es que, los compradores, abusando de que son pocos y están concentrados y que conocen las producciones del resto de España, de Europa y del mundo, fijan el precio como más les conviene antes de *negociar* con los productores individualmente. Cuando llega *esa negociación*, los agricultores observan que los precios están blindados y que no pueden conseguir ni un céntimo más por el kilo de pera.

Ante esta situación, se observa que son necesarias campañas de concienciación, sensibilización e información sobre la Ley de defensa de la competencia, la Ley de la cadena alimentaria, los mercados globales, las formas de asociarse y la gestión y canalización de las ayudas públicas. Sería oportuno que se organizaran actividades formativas o de divulgación de estos temas a través de los sindicatos agrarios, la DOP y/o los ayuntamientos. La información es poder y los agricultores, muchas veces, carecen de la información que necesitan para tomar las decisiones oportunas. Es cierto que la Consejería de Agricultura convoca unas ayudas anuales a la formación y a la sensibilización, pero es preciso profundizar más en algunos temas que son acuciantes y que ayudarían a resolver algunos de los problemas estructurales que tiene el sector.

Por otro lado, se han aprobado dos medidas impulsadas por la Comisión Europea como son la creación de Agrupaciones de agricultores y, por otro lado, el Asociacionismo con un componente en Innovación. A través de estas dos medidas, se defenderían mejor los intereses de los pequeños agricultores riojanos en un medio y largo plazo.

Las conclusiones que se extraen del análisis del asociacionismo en La Rioja es que los agricultores de peras deben unirse y la modalidad del cooperativismo parece adecuada. Hay muchos casos de éxito del cooperativismo en Europa y habría que aprender de ellos⁶⁶².

Cuanto mayor es el grado de concentración empresarial, mayor es el grado de desarrollo empresarial de las cooperativas y mayor es su peso en los mercados agrarios. Se observa que el cooperativismo está más afianzado en el norte de Europa frente al sur de Europa. Destacan las cooperativas de Dinamarca, Holanda e Irlanda frente a las de

⁶⁶²VAN BEKKUM, O., “Las 100 principales cooperativas agroalimentarias del mundo” en El papel del cooperativismo agroalimentario en la economía mundial, *Mediterráneo Económico* vol. 24, 2013, pp. 33-40.

Italia o España⁶⁶³. No obstante, en España existen cooperativas que lo están haciendo muy bien, es el caso de ANECOOP, OVISPAIN, DCOOP o el Grupo AN (ya mencionado). Y es cierto que, para el agricultor, adherirse a una OPFH le reportaría ventajas además de garantizarle cierta protección y proyección que como persona individual no tiene. Ahora bien, inyectar energía en la creación de nuevas OPFH cuando ya existen otras en pleno funcionamiento quizás sea poco eficiente.

Para el Parlamento Europeo, las cooperativas, junto con otras empresas de la economía social, desempeñan un papel esencial en la economía europea, en especial en tiempos de crisis, al combinar la rentabilidad con la solidaridad, crear puestos de trabajo de calidad, reforzar la cohesión social, económica y regional y generar capital social. Señala que el modelo empresarial cooperativo contribuye a un auténtico pluralismo económico y es totalmente acorde con los valores del TUE y los objetivos de la Estrategia Europa 2020⁶⁶⁴.

Parece claro que el futuro de la agricultura pasa por la concentración del sector agrícola porque, a día de hoy, está atomizado a pesar de los esfuerzos institucionales por concentrarlo. Las cadenas de alimentación europeas siguen teniendo el poder a la hora de relacionarse con sus proveedores. La solución al problema del sector pasa por el asociacionismo, la concentración, la diversificación y la internacionalización en un mercado global.

⁶⁶³JULIÁ, J.F. et al., *op.cit.*, nota 580, p. 139.

⁶⁶⁴PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la contribución de las cooperativas a la salida de la crisis*, ponente TOIA, P., Bruselas, 12 junio 2013.

V. Conductas contrarias a la ley en la comercialización de la pera

Tras mantener reuniones con agricultores, cooperativas agrarias, sindicatos agrarios y organizaciones profesionales de frutas y hortalizas en La Rioja, se observan varias conductas contrarias a la ley en la comercialización de estas producciones en la región. Antes de nada, hay que tener presente que la agricultura, en La Rioja, representa el 4,8 por ciento del PIB⁶⁶⁵.

En primer lugar, se observan conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia porque parece que los compradores de frutas pactaran los precios antes de la compraventa. Es una realidad que no se ha llegado a demostrar con pruebas porque solo existen testimonios orales de esas reuniones. Además, se ha observado con el paso de los años que los compradores ofrecen simultáneamente, en las mismas fechas, los mismos precios mínimos y máximos. No ofrecen todos los años el mismo precio pero el precio que parece que acuerdan, lo ofrecen todos.

También resulta muy complicado cambiar de comprador como si tuviera que aprobar el antiguo comprador el cambio de proveedor. Es decir, no se extinguen las relaciones comerciales de manera inmediata, parece que existieran acuerdos entre los compradores antes de que uno de ellos empiece a trabajar con un agricultor con el que no ha trabajado antes. Pareciera que se repartieran el mercado.

Si se lee con detenimiento la resolución del 4 de febrero de 2016 del Consejo Vasco de la Competencia (CVC), expediente 6/2013 de los comedores escolares, se desprende que *puede identificarse un mismo patrón, una unidad de actuación, que solo puede obedecer a la existencia de un plan único de acción conjunto de las distintas entidades implicadas en él*⁶⁶⁶. Si sigo el razonamiento empleado por la CVC, podría llegar a pensarse que existe el cártel de la fruta que afecta a la comercialización de la misma en esta región. Si así fuera, se estarían contraviniendo los artículos 1 a 3 de la

⁶⁶⁵CONSEJERÍA DE AGRICULTURA DE LA RIOJA, *Indicadores Básicos de La Rioja 2014*, Contabilidad Regional de España, INE, 2013.

⁶⁶⁶ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *A favor de las autoridades autonómicas de competencia: la Resolución de 4 de febrero de 2016 del Consejo Vasco (expediente 6/2013, Comedores Escolares)*, Blog de Derecho mercantil, 21.02.2016, <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/02/a-favor-de-las-autoridades-autonomicas.html>, visitada el 18.06.2016.

LDC y los artículos 101 a 103 del TFUE por una conducta continuada de establecimiento de precios y reparto del mercado entre las partes intervinientes.

En la encuesta ANfer, el 81 por ciento de los agricultores encuestados reconoce que, cuando van a vender sus cosechas, apenas pueden negociar un precio porque sienten que todos los compradores ofrecen el mismo precio como si lo hubieran pactado. Consideran que su poder de negociación es prácticamente nulo. Si este hecho se pudiera probar, estaríamos ante una infracción del artículo 1 de la LDC que *prohíbe mediante acuerdos, la fijación, de forma directa o indirecta, de precios y el reparto del mercado*. No obstante, pese a que los agricultores observan que los compradores pactan los precios, solo el 66 por ciento de los encuestados se siente vulnerable frente a su comprador/mayorista y el 100 por cien reconoce no tener dificultades para vender su producción. Es decir, reconocen tener dificultades en venderlas al precio que ellos quieren, no en venderlas como tal. Lo que reclaman es mayor fuerza en la negociación.

La política de competencia establece que la carga de la prueba corresponde al que denuncia los hechos lo que, en el caso de la compraventa de fruta en La Rioja conduce a un callejón sin salida porque parece que no hay pruebas documentales que sirvan de fundamento. No pasó así con el cártel de la leche⁶⁶⁷ y con el cártel de las setas y los champiñones⁶⁶⁸, ambas infracciones graves al Derecho de la competencia que se pudieron probar documentalmente. Respecto al cártel de las setas, una de las empresas que se investigaron fue la empresa riojana Riberebro que recibió una reducción de la multa de un 50 por ciento por colaborar con la investigación que estaba realizando la Comisión y amparándose en la Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel⁶⁶⁹.

En segundo lugar, y apoyándome en la Ley 3/1991, de 10 enero, de Competencia Desleal (LCD)⁶⁷⁰ que fue reformada por la Ley 29/2009⁶⁷¹, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la

⁶⁶⁷CNMC, Expediente S/0425/12 Industrias Lácteas 2, resolución de 26 de enero de 2015. La multa total ascendió a 88,2 millones de euros.

⁶⁶⁸COMISIÓN EUROPEA, Defensa de la competencia: la Comisión impone una multa de 5,2 millones de euros a Riberebro por su participación en un cartel de setas y champiñones en conserva, <http://europa.eu>, visitada el 10.12.2016.

⁶⁶⁹COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, 2006/C 298/11, DOUE 8.12.2006.

⁶⁷⁰Publicada en el BOE el 11.01.1991.

⁶⁷¹Publicada en el BOE el 31.12.2009.

publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, tras analizar los resultados de la encuesta practicada a los agricultores riojanos, se podría hablar de prácticas desleales en la compraventa de frutas cuando tiene lugar el abuso de dependencia económica que aparece recogido en el artículo 16.2º de la LCD que establece que *se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad*. A este respecto, se presume que tendrá la responsabilidad la parte fuerte de la relación comercial que es la que ha podido abusar de esa posición de dominio y la multa recaerá sobre él.

Respecto al abuso de dependencia económica, la doctrina no exonera al demandante de la prueba de las circunstancias consideradas desleales y de su extraordinaria naturaleza que llevan a concluir la existencia del daño aunque no se pruebe exactamente la medida del mismo o el nexo causal que de la acción lleva al resultado⁶⁷². Por lo tanto, se admite la posibilidad de que el actor quede eximido de la acreditación del daño y el nexo causal, y que esa carga de la prueba no sea *conditio sine qua non* del reconocimiento del Derecho a ser indemnizado por la realización de un acto de competencia desleal.

En tercer lugar, otra práctica que se observa con frecuencia es la venta a pérdida o venta a resultados o *dumping* que aparece recogida en el artículo 17 de la LCD. El principio de libertad de precios es una exigencia derivada del reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que declara el artículo 38 de la Constitución Española. Dicho principio se proclama con carácter general en el artículo 17 de la LCD y en el artículo 13 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LORCOMIN). Sólo cuando su objetivo sea confundir a los consumidores, desacreditar un producto o a un competidor o eliminarlo del mercado, la competencia será considerada desleal. Porque un competidor venda muy barato o esté rompiendo los

⁶⁷²ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, “Comentario Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)”, *El Derecho Editores*, 08.04.2014, www.elderecho.com, visitada el 15.06.2016.

precios no se le puede acusar de competencia desleal ya que cada uno decide cómo arruinarse⁶⁷³.

Respecto a la misma, es bastante habitual que las cadenas de distribución realicen ventas a pérdida como reclamo para atraer a los consumidores a sus establecimientos. Esta práctica se produce cuando el precio de venta del producto es inferior al precio de adquisición en factura o inferior al coste de producción y está recogida en el artículo 17 de la LCD y en el artículo 14.2º de la LORCOMIN de ámbito competencial autonómico. La venta a pérdida atenta contra el funcionamiento competitivo del mercado y tendrán competencia para conocer de la misma la CNMC o los órganos autonómicos en su caso y por otro lado los jueces de lo mercantil según si el acto de competencia desleal afecte el interés público o no según lo previsto en los artículos 33 y 34 de la LCD⁶⁷⁴.

El artículo 65.1. c) de la LORCOMIN considera que las ventas a pérdida son infracciones graves sancionables con multas que pueden oscilar desde los 3.000 euros hasta los 15.000 euros sin perjuicio de que, por reincidencia, sean consideradas como muy graves y aumente la cuantía económica de la multa⁶⁷⁵.

Hay que tener en cuenta que la reforma de la LCD introducida por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, introdujo como un ilícito concurrencial por engañoso, en las relaciones entre empresarios y profesionales con los consumidores, las denominadas prácticas señuelo y prácticas profesionales engañosas que, en la medida en que sean ventas a pérdida, constituirán sin necesidad de ningún requisito adicional actos desleales pero no tanto por ser ventas a pérdida como tal sino por estar contempladas como prácticas desleales en el artículo 22 de la LCD.

En la comercialización de las peras en La Rioja, a veces se producen ventas a pérdida incluso de peras no riojanas que nos llevan a pensar en una situación delicada

⁶⁷³BURGUERA ABOGADOS, *Cuándo la venta a pérdida es competencia desleal*, 2014, <http://www.burgueraabogados.com/cuando-la-venta-a-perdida-es-competencia-desleal/>, visitada el 10.06.2016; ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., “Venta a pérdida y venta piramidal” en *Tratado de Derecho de Competencia y de la Publicidad*, tomo II GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1623-1644, en especial pp. 1623-1624.

⁶⁷⁴SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., *op.cit.*, nota 403, pp. 210 y 211.

⁶⁷⁵SANCHEZ ARMAS, T., *Las ventas con pérdida: marco jurídico*, Dirección General de Política Comercial, MAGRAMA, Observatorio de precios de los alimentos, <http://www.magrama.gob.es>, visitada el 15.05.2016.

como es la comercialización de peras holandesas y/o belgas (son nuestros grandes competidores en el espacio europeo) que incluso han podido recibir alguna ayuda (ilegal) de Estado que les permitiría vender *holgadamente* por debajo de sus costes de producción. El *dumping* de los precios y las ayudas ilegales de Estado están prohibidas por los artículos 107 a 109 del TFUE.

En cuarto lugar, se observan infracciones contra la Ley 12/2013 de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria que se aprobó con la pretensión de reforzar la posición negociadora del sector primario en la comercialización de sus productos⁶⁷⁶. El 98 por ciento de los agricultores declara que nunca ha firmado un contrato escrito con el comprador. Los artículos 2.4º y 8 de la LCA obligan a que se firmen contratos escritos cuando se realice una compraventa de un producto alimentario bajo multa de 3000€, salvo que se pague al contado en el momento de recoger la cosecha, realidad poco frecuente. Hasta ahora, la mayoría de compraventas de productos agrarios se han regido por la práctica habitual en el campo que es vender su producción y sellarla con *un apretón de manos*. La realidad debe cambiar.

Por su parte, el artículo 23 de la LCA establece que se considera una infracción grave el incumplimiento de los plazos de pago establecido en la Ley 15/2010, donde se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 15/2010 que sirve para regular el régimen específico para los productos agroalimentarios, *los plazos de pago serán de 30 días para productos perecederos sin que quepa pacto en contrario y de 60 días para los productos no perecederos*. Por lo tanto, en el caso de las frutas y las verduras, el pago se deberá efectuar a los 30 días por tratarse de productos perecederos.

En la encuesta ANfer, el 98 por ciento de los encuestados reconoció que nunca había cobrado su cosecha en 30 días desde la entrega al comprador tal y como exige la ley cuando se trata de productos perecederos y tampoco en 60 días como establece la

⁶⁷⁶COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA, *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*, octubre de 2011, Madrid, pp. 1-173, www.cncompetencia.es; RED DE COMPETENCIA EUROPEA, *Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector*, 2012, pp. 1 a 155; COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa*, Bruselas, 31.1.2013 COM (2013) 37 final, 2013, pp. 1 a 25; COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen sobre *relaciones comerciales entre la gran distribución y proveedores de productos alimentarios*, DOUE C133 de 9 de mayo de 2013, pp. 16 a 21.

ley cuando se trata de productos no perecederos. Es decir, el 98 por ciento reconoce que nunca ha cobrado según los plazos que establece la Ley contra la morosidad⁶⁷⁷.

Lo preocupante es que el 100 por cien de los encuestados, a fecha de 15 de febrero del 2016, ni siquiera sabe que existe una legislación que les protege. Por lo tanto, esta ilegalidad que se observa es consecuencia también del desconocimiento de la ley. El promedio de tiempo que tardan en cobrar su cosecha es de cinco meses y eso sucede sin tener ningún contrato firmado con el comprador. Por lo tanto, quedan a expensas de la voluntad de la parte compradora que tiene su cosecha, su dinero y con la que no existe constancia documental alguna de la compraventa efectuada.

Tanto en el ámbito nacional como en el autonómico, la distribución mayorista es el eslabón que concentra más incumplimientos de la LCA y la causa más frecuente de sanción suele ser el no respetar los plazos de pago que están establecidos en 30 días para productos perecederos y en 60 días para los productos no perecederos. Otro motivo frecuente de multa es el no presentar la documentación requerida por la AICA y el tercer y último motivo más frecuente de multa suele ser la inexistencia de contratos de compraventa entre las partes.

Tras el análisis de la encuesta, las reuniones y las entrevistas con representantes del sector frutícola riojano, constato que el incumplimiento en los plazos de pago y en la forma escrita en los contratos está masificado en la región. El artículo 26.2º de la LCA dice que *corresponderá a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas ejercer la potestad sancionadora prevista en esta ley*, parece que esta medida está fuera de contenido a día de hoy porque se desconoce qué órganos autonómicos asumen estas funciones.

En quinto y último lugar quiero mencionar una práctica que es bastante habitual en la venta de cosechas agrarias cuando *vienen mal dadas*. Muchas veces el agricultor da sus cosechas al comprador sin precio y, por supuesto, sin contrato. Antes de sugerir la creación de un nuevo párrafo legal (como ya hice) que lo ampare en un hipotético y supuesto epígrafe 1.f) de la LDC, habría que ceñirse a la obligatoriedad que hoy existe, y que aparece recogida en los artículos 8 y 9 de la LCA que exige la obligatoriedad de

⁶⁷⁷Artículo 4 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Última actualización publicada el 1/10/2014.

contrato escrito en una compraventa de productos alimentarios. Si el articulado de esta LCA se cumpliera fielmente, se otorgaría un mayor poder de negociación a los agricultores, se protegerían mejor sus derechos y se favorecería la libre competencia en los mercados sin ninguna duda.

VI. Ausencia de órgano de defensa de la competencia autonómico en la CCAA de La Rioja. Los inspectores de la AICA

En la CCAA de La Rioja no existe un organismo autonómico de defensa de la competencia, así que si un vecino finalmente se animara a denunciar a otro por alguna de las infracciones que atentan contra la libre competencia, ni siquiera sabría a quién dirigirse. Es muy difícil que la denuncia de un agricultor riojano llegue a la CNMC en Madrid.

Dentro de las líneas estratégicas que diseñó la CNMC en el año 2016 destaca la promoción de acuerdos con los organismos autonómicos de defensa de la competencia, así como la instrucción del personal encargado de los mismos⁶⁷⁸. Otros objetivos son la elaboración de documentos conjuntos, la coordinación entre la autoridad nacional de competencia y las autoridades autonómicas en los ámbitos de instrucción y resolución, revisar el funcionamiento del sistema de comunicación con las CCAA en materia de competencia (CIRCA) y articular mecanismos de colaboración. La idea es promover y fomentar cada vez más la protección de la libre competencia, siempre respetando las directrices de la CNMC y de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. Pero, ¿qué pasa con una CCAA que no tiene un organismo autonómico de defensa de la competencia?

A día de hoy, la Consejería de Innovación y Desarrollo Económico de La Rioja que firmó el Acuerdo de colaboración con la CNMC con fecha 12 de mayo de 2016⁶⁷⁹ es la encargada de recibir las denuncias de los particulares y actuar de oficio, pero la operatividad es prácticamente nula, a pesar de que en la región existen antecedentes de infracciones a las normas de la competencia como la multa que se impuso a RIOJA MOTOR por el cartel del motor⁶⁸⁰ por infracciones del artículo 1 de la LDC y la multa

⁶⁷⁸CNMC, Plan de actuación 2016 de la CNMC, pp. 1-39, en especial p. 32.

⁶⁷⁹Publicado en el BOR 2.09.2016.

⁶⁸⁰CNMC, Expediente S/0471/13 Concesionarios AUDI/SEAT/VW. A la empresa Rioja Motor se le impuso una multa de 263.000 euros.

que se impuso a RECIRSA y a LAPUERTA por un cártel en las recogidas de residuos industriales⁶⁸¹.

Es cierto que estas dos conductas que señalo exceden del ámbito competencial autonómico por tratarse de cárteles de alcance nacional. No obstante, no percibo una comunicación fluida de los asuntos que podrían tener un alcance en la región o que afecten a empresas territorialmente localizadas en esta CCAA entre el órgano nacional y la Consejería correspondiente. Sin una labor divulgativa y de comunicación adecuada y la capacitación del personal correspondiente, es muy difícil que aquellos que sufren las infracciones a la libre competencia hagan algo o sepan siquiera cuáles son sus derechos y a dónde tienen que acudir dentro del organigrama de la administración riojana.

En el Convenio de colaboración firmado entre la CNMC y la Consejería de Innovación y Desarrollo Económico de la CCAA de La Rioja se acordó que la autoridad encargada de velar y promover la libre competencia fuera la CNMC. Se establecieron intercambios de información sobre las infracciones en competencia a nivel autonómico e información sobre algunas investigaciones abiertas.

Pero sigue sin quedarme claro qué órgano será el encargado de promover y defender la libre competencia en aquellas regiones donde no hay una autoridad de defensa de la competencia, si no y tan solo, un Convenio de colaboración con la CNMC. La dirección de investigación de la CNMC informa de los expedientes que se incoan en la región, de aquellos asuntos que tienen especial incidencia en esa CCAA y traslada copia de los acuerdos que pongan fin a procedimientos con incidencia en la CCAA.

Y me pregunto qué función tienen aquí los órganos administrativos de la CCAA porque no actúan como un cauce entre los individuos y la CNMC, son meros receptores de la información cuando ésta llega. Sus funciones como promotores y defensores de la libre competencia son inexistentes. Desde mi punto de vista, firmar convenios de colaboración entre las CCAA y el órgano nacional investido en la CNMC no sirve para nada. Quizás aquellas CCAA más reacias a la creación de los organismos autonómico consideren que con la firma del convenio *han cumplido*, pero no es así.

⁶⁸¹CNMC, Expediente S/0429/12 Residuos. A la empresa riojana Recirsa y Lapuerta se le impuso una multa de 1.093.074 euros. A Lapuerta se le impuso la multa de 232.000 euros.

Una de las ventajas de la descentralización de las autoridades de competencia es que los órganos autonómicos conocen mejor las circunstancias y el entorno donde se comete la infracción porque acceden más fácilmente a las fuentes y se desenvuelven mejor en ese mercado. Existe proximidad geográfica, administrativa e informativa. Todo ello hace prever que van a realizar mejor su trabajo.

En palabras de Canedo Arrillaga, donde no hay autoridades locales de competencia, los temas se descontrolan⁶⁸². Y esta es la realidad que atraviesa la CCAA de La Rioja porque no tiene un órgano propio de defensa de la competencia. Por lo tanto, cuando un empresario o un ciudadano tienen algún problema o se vulnera la libre competencia, ni siquiera sabe a dónde acudir. Las razones que alegan para justificar la no creación del organismo autonómico de competencia son económicas, pero es precisamente a través de la promoción y defensa de la libre competencia como se favorece la libertad de mercado, la promoción de la calidad, la creación del empleo, la competitividad, la innovación y la mejora de los precios para los consumidores.

En mi opinión, subyacen razones políticas, económicas, sociales o de otra índole que no logro confirmar. Se crea una maraña de intereses encubiertos que, en última instancia, daña los intereses del consumidor que aparece indefenso y desprotegido. Mi opinión coincide con Canedo Arrillaga, la ausencia de órganos de competencia produce descontrol. Un descontrol, desidia, dejadez y lentitud que interesa a la clase política que no promueve la creación de los órganos de defensa de la competencia en su territorio, a pesar de haberlo permitido la sentencia del TC 208/1999 y la Ley 1/2002 de coordinación de competencias entre el Estado y las CCAA.

Como ocurre con las autoridades de defensa de la competencia en otros países, en la *Federal Trade Commission* en Estados Unidos y la *Office of Fair Trading*⁶⁸³ en el Reino Unido, podría resultar factible que una misma institución regulara las normas de

⁶⁸² AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA, Entrevista a María Pilar Canedo, Presidenta de la Autoridad Vasca de Competencia, enero 2014, Consejería de Economía y Conocimiento, <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/actualidad-de-la-agencia/entrevista-pilar-canedo-presidenta-de-la-autoridad-vasca-de-competencia>, visitada el 18.12.2015.

⁶⁸³ La OFT se disolvió en 2014 y fue sustituida por diversos organismos, entre ellos destaca la CMA (Competition and Markets Authority) que es la encargada de los temas que se mencionan en la investigación.

competencia y de consumo a la vez, como defiende Berasategi⁶⁸⁴. Este razonamiento ayuda a avalar la creación de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia en nuestro país⁶⁸⁵. Es decir, la creación de autoridades que asuman competencialmente ambas materias ante la imposibilidad de crear dos autoridades distintas que asuman las competencias por separado.

El 12 de abril de 2013 se aprobó en La Rioja la Ley 5/2013 para la defensa de los consumidores⁶⁸⁶. En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.4º de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, por la que se aprobó el Estatuto de Autonomía de La Rioja, esta Comunidad asumió la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de defensa del consumidor⁶⁸⁷. Posteriormente, la Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, reformó el Estatuto de Autonomía incorporando la competencia en el artículo 9.3º del Estatuto, dentro del apartado de desarrollo legislativo y ejecución de competencias, que establece la Defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del artículo 149.1º de la Constitución.

La CCAA de La Rioja asumió de esta manera las competencias que le asignó la Constitución Española y aprobó a través de su Estatuto de Autonomía. Era una manera de asegurar las condiciones adecuadas en el mercado a través de la defensa de los consumidores. Yo me pregunto si, a través de esta ley, también se protege la libre competencia que, en última instancia, tiene como objetivo fundamental la defensa del consumidor.

En la línea de lo propuesto por Berasategi y otras instituciones de competencia extranjeras, ante la imposibilidad de crear dos órganos independientes en una región que no se muestra receptiva a ello, quizás sea oportuno impulsar que el órgano de defensa y protección de los consumidores defienda y promueva también la libre competencia. No obstante, en mi opinión, esta ley autonómica de defensa de los consumidores peca de inconcreta y generalista, garante de muchas cosas y protectora de muy poco. Sería

⁶⁸⁴BERASATEGI TORICES, J., *op.cit.*, nota 126, p. 123.

⁶⁸⁵SANTALÓ, J., *op.cit.*, nota 222.

⁶⁸⁶Publicada en primer lugar en el BOLR 19.04.2013 y a continuación en el BOE 27.04.2013.

⁶⁸⁷Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

conveniente ampliar el objeto material de la misma e introducir algún artículo específico que muestre que, además, su interés también es promover la libre competencia en el mercado cuyo fin último es proteger al consumidor.

Por ejemplo, el artículo 14.1º párrafo 2º de la LORCOMIN aclara que, respecto a la venta a pérdida, deberá respetarse lo dispuesto en la Ley de competencia desleal. No concreta más. Por su parte, el artículo 63.1º párrafo 2º de la LCD establece que la competencia sancionadora corresponderá a las CCAA y no concreta más. Por lo tanto, queda sin resolver qué organismo autonómico tendrá la autoridad para perseguir las conductas prohibidas en la LCD. En el caso de la CCAA de La Rioja objeto de este estudio, podría parecer lógico remitir los asuntos a la Dirección General de Empleo, Comercio, Consumo e Industria de La Rioja porque es la encargada de sancionar las infracciones que se producen contra el comercio minorista. Así que por extensión se deberían trasladar a esta Dirección las infracciones que tengan origen en la LORCOMIN y en las leyes a las cuales remita como es la Ley de Competencia Desleal.

El artículo 63.2º de la LORCOMIN establece que *la instrucción de la causa penal ante los Tribunales de Justicia o la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia, suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos y en su caso la eficacia de las resoluciones sancionadoras*. Se mencionan la vía judicial y la vía administrativa, pero de manera excluyente. Existe una laguna que no se aclara y que deja en suspenso todas las prácticas recogidas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Este argumento permite apoyar, aún más, la creación de un organismo autonómico de defensa de la competencia en La Rioja.

Respecto a los inspectores de la AICA que se encargan de que se aplique la LCA, el Real Decreto 66/2015, de 6 de febrero, regula su régimen de actuaciones. Como primera medida y con el fin de agilizar la actividad de la AICA, el RD establece un plazo máximo de seis meses en el que los inspectores deben resolver, sin perjuicio de que, por circunstancias excepcionales o debido a la obstrucción de los controles, pueda prorrogarse este plazo por el director de la Agencia.

El RD 66/2015 también refuerza la coordinación institucional de la Agencia con los organismos competentes. Así, en el caso de que los inspectores de la AICA detecten irregularidades en sus actividades de inspección, en temas que no son competencia de la Agencia, se establece el mecanismo de traslado a las Comunidades Autónomas y a la CNMC, pero se echa en falta que se concrete el mecanismo para dar traslado a las CCAA. El traslado a la CNMC se debe a una cuestión *ratione materiae*. Pero respecto a la labor inspectora de la AICA cuyos inspectores están en Madrid y el traslado de algún expediente al organismo autonómico, no queda claro a quién se transferirá (Consejería de Agricultura, Consejería de Desarrollo Económico, Consejería de Hacienda, etcétera) y cómo deberá actuar la misma. Es decir, se echan en falta medidas para aterrizar la labor inspectora de la AICA en el ámbito autonómico.

Como declaró Herrero Velasco, director de la AICA, todas las denuncias que se reciben son investigadas. De las denuncias recibidas, el 45 por ciento tienen como causa la venta a pérdida que no compete a la LCA si no a la LORCOMIN y la competencia para instruir los expedientes sancionadores corresponde a las Comunidades Autónomas, así que se traslada a ellas. En este punto se queda uno perplejo porque no se ha previsto todavía el instrumento para que ese 45 por ciento de denuncias se investiguen dentro del ámbito autonómico que le corresponde. Parece oportuno adoptar alguna medida de colaboración entre los inspectores de la AICA y los órganos autonómicos con objeto de que la LCA efectivamente se cumpla.

De los resultados de la encuesta ANfer, el 80 por ciento de los agricultores riojanos reconoce que les gustaría contar con una persona o un órgano al que dirigirse para que les informe de sus derechos y les proteja contra prácticas abusivas de los compradores, mayoristas y/o distribuidores. El 100 por cien reconoce que les falta información y desconocen la existencia de estas leyes que les protegen⁶⁸⁸.

Analizada la situación, se echa en falta alguna medida del Gobierno de La Rioja para, en primer lugar, informar de las leyes y de las obligaciones que tienen las partes. Sería oportuno realizar una campaña de información y comunicación impulsada por la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de La Rioja o bien, por la Consejería de Innovación y Desarrollo Económico.

⁶⁸⁸A fecha 15 de febrero de 2016 que se realiza la encuesta.

En segundo lugar, se echa en falta la creación de un organismo o la asignación de atribuciones específicas a un órgano ya existente para perseguir las infracciones en competencia cuando se denuncien o para actuar de oficio cuando sea oportuno. Sería una buena idea que el Estatuto de Autonomía de La Rioja asumiera sus competencias y creara un organismo que instruyera en competencia, transfiriendo la resolución y/o la sanción a la CNMC. Se presenta como el siguiente paso necesario porque lo que existe a día de hoy, en La Rioja, no funciona.

VII. Proyección sobre este ámbito de los instrumentos normativos de Derecho internacional privado

7.1 Materia contractual o extracontractual

El Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia del caso *Handte*⁶⁸⁹ que la materia contractual comprendía los litigios derivados de un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra. Y en las sentencias de los casos *Engler*⁶⁹⁰ y *Ceská sporitelna*⁶⁹¹, la materia contractual presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante. Lo relevante es que la obligación jurídica hubiera sido libremente asumida por una parte respecto de otra⁶⁹². En el caso que analizo respecto a los contratos de compraventa de pera conferencia en La Rioja, podría entrar a valorar el alcance del término *libremente* porque es verdad que se firma un contrato entre el agricultor y su comprador por un precio y unas condiciones que se establecen y aparentemente se acuerdan libremente entre las partes.

Si traigo a colación a Alfaro, él señala que aunque el cartelista haya negociado individualmente los precios con el cliente no priva a éste de su derecho a reclamar el sobreprecio porque el TS deja claro que el cartelista que negocia con un cliente actúa dolosamente en la formación del contrato. Hay una maquinación engañosa en los contratos celebrados entre cartelistas y sus clientes y éstos deben quedar protegidos de manera equivalente a la protección que disfrutaban en caso de dolo (artículo 1261 y siguientes del Código civil). Todos los compradores tienen en común haber sufrido

⁶⁸⁹STJCE de 17 junio 1992, caso *Handte*, asunto C-26/91, considerando 15.

⁶⁹⁰Sentencia del TJUE de 20 enero 2005, caso *Engler*, asunto C-27/02, considerandos 50 y 51.

⁶⁹¹Sentencia del TJUE de 14 marzo 2013, caso *Ceská sporitelna*, asunto C-419/11, considerandos 46 y 47.

⁶⁹²CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 438, pp. 890- 892.

un nivel de precios superior al que tienen derecho en una economía de mercado⁶⁹³. De esta sentencia del Tribunal Supremo se desprende que la voluntad contractual puede estar completamente viciada y no ser vinculante por lo tanto.

Por su parte, las obligaciones extracontractuales previstas en el artículo 7.2º RBI bis serán aquellas que no se hayan producido en el marco de una relación libremente asumida por las partes o por una parte frente a la otra. Si en el caso de la materia contractual las obligaciones nacían de la voluntad de una persona que consiente en obligarse, en la extracontractual las obligaciones nacen de la ley, que impone un deber a la persona con independencia de su voluntad⁶⁹⁴. Aparentemente, en este caso se adopta un concepto muy amplio.

Desde este punto de vista, que será criticado por la doctrina, los vínculos que mantienen los vendedores de fruta en La Rioja con sus compradores, a pesar de existir un contrato entre las partes, serán extracontractuales por varias razones. En primer lugar, porque la infracción o el daño no depende del contrato, sino que es independiente de él. Que se impongan unos precios unilateralmente por una de las partes de la relación contractual y que se reparta el mercado son acciones independientes del contrato.

Lo más característico es la existencia de un contrato (cuando lo hay), es verdad. Sin embargo, y en opinión del TJUE, el contrato no significa que toda reclamación de responsabilidad civil entre las partes tenga necesariamente carácter contractual, y ello pese a que guarde cierta relación con el contrato. Los casos más difíciles de interpretar son precisamente aquellos en los que las partes quedan vinculadas contractualmente; por ejemplo, con un contrato de compraventa o de distribución de la fruta, pero el daño se origina con independencia de ese contrato. Con tal fin, el Tribunal establece un criterio para llevar a cabo la calificación en estos casos complejos porque para poder constatar la presencia de una materia contractual habrá que verificar si el comportamiento recriminado es un incumplimiento de las obligaciones contractuales conforme al objeto del contrato o no. Habrá que valorar si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o ilicitud del comportamiento imputado.

⁶⁹³ALFARO, J., *op.cit.*, nota 242.

⁶⁹⁴CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, nota 438, pp. 1285-1287.

Lo decisivo es si ha de observarse o no el contrato para fundamentar la acción. En los casos en que exista un compromiso libremente asumido por las partes, pero la acción que se ejercite no derive de dicho compromiso, no se calificará dicha acción como contractual⁶⁹⁵. Se considerará que la acción tiene un fundamento extracontractual si las normas invocadas son indiferentes a la existencia del vínculo libremente asumido. Si, por el contrario, dichas normas sólo son aplicables por existir dicha relación o si sus consecuencias se vinculan a la presencia de un contrato, el fundamento de la acción pertenecerá a la materia contractual.

En el caso de la compraventa de la pera conferencia en La Rioja, la fijación de los precios y la constitución de un cártel para distribuirse el mercado de la pera conferencia, no es un incumplimiento de una obligación que figure en el contrato, es independiente de él por lo que se considerará extracontractual. Normalmente, cuando exista una infracción al Derecho de la competencia, se regulará por el RRII y quedará excluido del ámbito de aplicación del RRI. En esta situación en la que denunció la existencia del cártel de la pera en la CCAA de La Rioja, me remitiré al RRII que regula las obligaciones extracontractuales.

Como señala la sentencia del TJUE en el asunto *Brogstetter*, si la norma invocada por el actor le permite exigir responsabilidad por la conducta del demandado sin necesidad de invocar el contrato, habrá que entender que ha optado por la vía extracontractual. Si el actor invoca los artículos 101 y 102 del TFUE, podrá exigir responsabilidad del demandado sin traer a colación el contrato que se firmó de compraventa de mercancías, lo que lleva a considerar la materia como extracontractual.

Por lo tanto, las infracciones al Derecho de la competencia que se producen en la comercialización de la pera conferencia en la CCAA de La Rioja remiten a una materia extracontractual que nada tiene que ver con la firma o no del contrato de compraventa o de distribución.

⁶⁹⁵ CEBRIÁN SALVAT, M. A., *op.cit.*, nota 446, p. 327.

7.2 Reglamentos de Derecho Internacional privado

Según los razonamientos empleados hasta ahora, si existiera un cártel de la pera conferencia en La Rioja y se diera algún elemento transfronterizo, me ceñiría a los artículo 7.2º del RBI bis y al RRII que regulan la materia extracontractual. Si, por el contrario, quisiera reclamar el incumplimiento de alguno de los elementos establecidos en el contrato como la morosidad, me remitiría a lo previsto en el artículo 7.1º del RBI bis y al RRI⁶⁹⁶.

Para determinar la competencia judicial internacional, el principio general es el domicilio del demandado. Por lo tanto, si el que demanda es el comprador, será el domicilio del vendedor y corresponderá a los tribunales de La Rioja conocer del asunto. Si quien demanda es el proveedor, los tribunales serán los del domicilio del comprador, así que habrá que valorar primero si es un demandado que está en España o en otro Estado miembro y en segundo lugar, si se trata de un demandado o de una pluralidad de demandados.

Por su parte, el artículo 7.1º a) del RBI bis, que regula la materia contractual, establece que cuando se trate de una compraventa de mercancías, la demanda se presentará ante los tribunales del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías. Por lo tanto, habrá que ceñirse a lo que establece el contrato si las peras se entregan en La Rioja (como ocurre en la práctica habitual para su posterior transporte y distribución por parte del comprador) o si son entregadas en el domicilio del demandado.

La regla del artículo 7.2º del RBI bis, que se refiere a la materia extracontractual y se aplicará cuando haya infracción al Derecho de la competencia, establece que la demanda se interpondrá en el lugar donde se hubiera producido o pudiese producirse el hecho dañoso⁶⁹⁷. Por lo tanto, si se tratara de la existencia de un cártel de la pera que ha estado, durante años, fijando los precios y distribuyéndose el mercado, habrá que valorar cuál es el mercado afectado por estas actuaciones. En el caso que estudio, me puedo remitir a los tribunales de La Rioja por ser el mercado más afectado y también a

⁶⁹⁶GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, nota 444, pp. 113-115.

⁶⁹⁷*Ibidem*, p. 116.

los tribunales de los Estados miembros donde se ha podido constituir el cártel porque desconozco el lugar exacto de su creación.

La sentencia *CDC*, resuelve que cuando se reclama judicialmente una indemnización (porque se trata de la aplicación privada del Derecho de la competencia) a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros a causa de una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE, el hecho dañoso se ha producido respecto a cada supuesta víctima considerada individualmente y cada una de esas víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel o el tribunal del lugar en el que, en su caso, fue concluido un arreglo pacífico o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social.

El TJUE, en el asunto *CDC*, considera que el domicilio social de la víctima es el mejor situado para conocer de la demanda. Por lo tanto, si valoro las recomendaciones que realiza el TJUE, los agricultores de peras de La Rioja, si tuvieran que reclamar por la creación de un cártel y una infracción única y continuada del artículo 101 del TFUE, lo más aconsejable es que se dirigieran al lugar donde esté constituida su empresa, en este caso en la CCAA de La Rioja.

Asimismo, en la misma sentencia del caso *CDC*, el TJUE razona que, según la interpretación que se hace del artículo 8.1º del RBI bis, en el caso de una pluralidad de demandados por la constitución de un cártel, la demanda se podrá interponer ante el tribunal de cualquiera de ellos y habrá una condena solidaria al pago de una indemnización. Esta decisión del TJUE permite al demandante, dentro de las opciones que tiene, dirigirse al foro que le resulte más conveniente siempre que sea el de alguno de los demandados colectivos y exigir una responsabilidad solidaria por el daño que a él le causó la creación y el funcionamiento de ese cártel en el tiempo mientras duró.

Por lo tanto, si interpreto este artículo 8.1º RBI bis junto con el artículo 6.3º del RRII, los Reglamentos de DIPr. cobran un significado especial⁶⁹⁸. El artículo 6.3.b) del RRII establece que, cuando se presente una demanda frente a más de un demandado ante el tribunal del domicilio de uno de ellos, el demandante puede optar por basar su

⁶⁹⁸DE MIGUEL ASENSIO, P., *Acciones de indemnización frente a cárteles: precisiones en materia de competencia judicial internacional*, 25.08.2015, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, visitada el 10.12.2016.

demanda en la legislación del foro, lo que permite eludir las dificultades inherentes a la aplicación de distintas legislaciones de varios países en un mismo proceso⁶⁹⁹. Este es un ejemplo claro de cómo se complementan los Reglamentos de DIPr. para la interpretación uniforme y coherente de los mismos. En el caso concreto de las acciones de indemnización contra los distintos miembros de un cártel, si este existiera en la pera conferencia de La Rioja, solo habría que demandar a un demandado en el tribunal de su domicilio y exigirle una responsabilidad solidaria por el daño que hubieren causado las otras empresas que constituyeron el cártel.

Por otro lado, los artículos 101 y 102 del TFUE son considerados leyes imperativas materiales o leyes de policía según el artículo 9 del RRI y no pueden excluirse, deberán primar sobre cualquier otra ley elegida por las partes⁷⁰⁰.

Respecto a las acciones de cesación a las que tienen derecho los agricultores riojanos, el TJUE, en la sentencia *Verein y Amazon*, declara que una acción judicial preventiva, entablada por una asociación para la protección de los consumidores con objeto de obtener la prohibición del uso por un comerciante de cláusulas consideradas abusivas en los contratos celebrados con los particulares es de carácter delictual o cuasidelictual. Por lo tanto, el TJUE concluye que la acción de cesación a la que se refiere la Directiva 2009/22 tiene por objeto una obligación extracontractual que resulta de un hecho dañoso según el RRII.

Por lo tanto, si se traslada este razonamiento al caso que afecta a la CCAA de La Rioja y se observa que hay una acción entablada por una asociación con objeto de obtener la prohibición del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los agricultores, será de carácter delictual o cuasidelictual y se regirá por lo previsto en el RRII. La acción de cesación tendría por objeto una obligación extracontractual según lo previsto en el RRII.

El RRII consagra en el artículo 6.1º una regla particular relativa a las obligaciones extracontractuales que se deriven de actos de competencia desleal y establece que se aplicará la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia

⁶⁹⁹FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op.cit.*, nota 474, pp. 653-656.

⁷⁰⁰*Ibidem*, pp. 597-600.

o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados⁷⁰¹. Si sigo el criterio del artículo 6.1º del RRII, se aplicará la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos resulten o puedan resultar afectados así que corresponderá la ley española.

Para el TJUE, el país en que los intereses colectivos de los consumidores resultan afectados según el artículo 6.1º del RRII es el país en el que residen los consumidores a los que la empresa dirige sus actividades y cuyos intereses son defendidos por la asociación de protección de los consumidores. El artículo 6.1º tiene la finalidad de proteger los intereses colectivos que van más allá de las relaciones entre las partes del litigio, previendo una norma específica adaptada a tal efecto. Me pregunto si puedo trasladar impunemente estas consecuencias del Derecho del consumo al Derecho de la competencia.

VIII. Las acciones colectivas, ¿una opción para los agricultores riojanos?

Desde el punto de vista de la aplicación pública del Derecho de la competencia, los agricultores riojanos de pera conferencia podrían poner una denuncia ante el órgano administrativo competente para promover la defensa de la competencia en la región si consideraran que se está infringiendo alguna de las conductas descritas en el artículo 101 del TFUE y el artículo 1 de la LDC, como podría ser el establecimiento de acuerdos para la fijación de los precios para la compra de los kilos de pera y el reparto de los mercados.

No se trata de un procedimiento ágil, ni sencillo y puede que incluso ni prospere porque es verdad que al sector agrario se le ha tratado de manera *diferenciada* desde los orígenes de la aplicación de las normas de competencia en la UE. Los órganos nacionales y europeos defensores de la libre competencia parece que siempre han priorizado la protección de otros sectores económicos que aparentemente, con sus infracciones, causaban un daño mayor al bien común. Es decir, a día de hoy y tras analizar distintas infracciones al Derecho de la competencia en el sector agroalimentario, es difícil que la denuncia de un único agricultor prospere. Más opciones existen si no se denuncia individualmente, sino a través de un grupo como

⁷⁰¹GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, nota 444, pp. 405-408.

puede ser un sindicato agrario, una cooperativa o un consejo regulador, por poner algunos ejemplos.

En el caso que investigo y analizo, no considero que sea una buena idea interponer una denuncia por infracciones continuadas del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE ante la Consejería de Innovación y Desarrollo Económico de la CCAA de La Rioja (organismo que firmó el Convenio de colaboración con la CNMC en el mes de mayo de 2016) porque por esa vía no va a prosperar. No solo existe la dificultad de la prueba que se podría soslayar con una investigación de oficio por parte del organismo autorizado y competente. La razón última de señalar que esa no es la vía adecuada es porque no existe voluntad política en La Rioja de que prosperen investigaciones que pongan en tela de juicio la riqueza que genera el empresariado en la región.

Sería mejor que una persona jurídica que represente a la colectividad de agricultores interponga una denuncia ante la CNMC o ante la Dirección General de Competencia en la Comisión Europea que desviará el asunto a la Dirección General de Agricultura de la Comisión Europea porque, como destacué al inicio de esta investigación, el sector agrícola es el único que se desvía a una dirección distinta al resto de sectores económicos con objeto de resolver las infracciones al Derecho de la competencia, a pesar de que por *ratione materiae* se trata de cuestiones de Derecho de la competencia.

De los hechos que se analizan, se observan conductas simultáneas y coincidentes en el tiempo por parte de los compradores de peras conferencias que llevan a pensar que puede existir un cártel de la fruta en la CCAA de La Rioja. Como ha pasado siempre y hasta que se aprobó la Comunicación de clemencia de la Comisión en 2006, el problema de los cárteles es que son muy difíciles de acreditar que existen porque no es fácil encontrar las pruebas.

Por lo tanto, parece que mientras no haya ni una sola empresa u operador económico que se quiera adherir al programa de clemencia para obtener la exención de la multa o una reducción de la misma y a cambio de ella, aportar pruebas y colaborar con la autoridad o si no, va a ser muy difícil constatar que exista un cártel de la pera conferencia en La Rioja. En mi opinión, estas conductas de pactar precios y dividirse los

mercados no solo afectan al mercado de la pera y tampoco afectan solo al sector frutícola en la región. Representan la punta de un iceberg de los cárteles de fruta y hortalizas en el mundo.

Otra opción que quedaría, más difícil eso sí, es que se iniciara una investigación de oficio por el organismo competente, en este caso la CNMC o incluso la DGCom si se observara que las infracciones únicas y continuadas del artículo 101 del TFUE afectan a varios Estados miembros, cosa no tan improbable por cómo evolucionan las relaciones comerciales.

Esta vía administrativa ante las autoridades de competencia que actúen de oficio o a instancia de algún particular o persona jurídica, no cierra la vía a otras actuaciones que los agricultores pueden realizar a través de la AICA porque también pueden denunciar la ausencia de contratos escritos en las compraventas o el incumplimiento de los plazos de pago superiores a los 30 días al ser la pera un producto perecedero. Y también se pueden interponer denuncias por las ventas a pérdida por ser una infracción prevista en la LORCOMIN ante el organismo autonómico correspondiente, la Consejería de Consumo.

Ahora bien, la Directiva 2014/104/UE que está a punto de transponerse en España ha abierto la vía a la aplicación privada del Derecho de la competencia y aunque no ha regulado con exhaustividad todos los aspectos relevantes, si que ha iniciado un proceso, a mi parecer, ya irreversible y con grandes pretensiones.

Si a través de la aplicación pública del Derecho de la competencia, por la vía de las autoridades de defensa de la competencia, los agricultores no pudieran conseguir el reconocimiento del ilícito anticompetitivo y el consiguiente cese de la actividad de una actuación infractora de la libre competencia que daña el mercado y el correcto funcionamiento de la economía, al menos a través de la aplicación privada del Derecho de la competencia, a través de los juzgados mercantiles, si que podrán reclamar los daños y perjuicios que han sufrido por estas conductas reiteradas y continuadas en el tiempo.

Por lo tanto, un agricultor individual puede reclamar los daños y perjuicios individualmente a su comprador y meterse en un proceso largo, difícil y costoso. Las reclamaciones individuales persiguen intereses pequeños que hacen que se diluyan los

esfuerzos, pero de manera colectiva, el interés afectado es superior. Es verdad que interponer una reclamación por daños ante un juzgado de lo civil cuando ya existe una resolución firme de una autoridad de competencia que reconoce la constitución de un cártel, facilita mucho las cosas (acciones consecutivas o *follow on*).

Pero en este caso, aunque no hubiera resolución firme de una autoridad de competencia, también se podrían reclamar los daños y perjuicios en la vía civil a través de las acciones *stand alone*. Se podría reclamar la nulidad de las actuaciones y además, una indemnización de los daños y perjuicios sin necesidad de contar con una previa decisión administrativa. Estas acciones entrañan una complejidad mayor pero es una vía que aparece abierta para reclamar los daños y perjuicios cuando no se avanza por la vía pública del Derecho de la competencia. Lo que se pretende es que cesen las conductas constitutivas del cártel de la fruta y las infracciones continuadas del artículo 101 del TFUE y que, además, se indemnice a las partes por los daños y perjuicios ocasionados.

En este caso, cuando un número determinado de personas como son los productores de peras conferencia en La Rioja sufren perjuicios derivados de una misma infracción cometida por uno o varios compradores de peras, sus demandas pueden agruparse en un único procedimiento colectivo. En este caso, un órgano o una entidad representativa (sindicato, OPFH, cooperativa o Consejo Regulador) podría actuar en nombre de todos ellos y proteger el interés general interponiendo una sola demanda, lo que simplificará el proceso y reducirá los gastos desde un punto de vista de economía procesal.

Para definir el grupo con objeto de interponer la acción colectiva, yo propongo el sistema de inclusión en donde se incluyen únicamente a aquellas personas físicas o jurídicas que deciden optar expresamente por adherirse a la acción colectiva. Opinión que comparte la Comisión Europea pero que, sin embargo, no encuentra respaldo suficiente en España porque se decanta por el sistema de exclusión. En este sentido, la sentencia que finalmente se adopte será vinculante para todos los miembros que formen parte del grupo. Y no vinculará a aquellos que no se adhirieron dejando la puerta para que puedan reclamar como deseen más adelante mientras no prescriba la acción.

La legitimidad para interponer la acción colectiva corresponderá a aquellas organizaciones sin ánimo de lucro y con recursos suficientes para llevar adelante el proceso con todo lo que ello entraña. Podrían actuar con legitimidad los sindicatos agrarios, las OPFH e incluso el propio Consejo Regulador de la DOP peras de Rincón de Soto.

El artículo 6 RRII impone la aplicación de la ley del mercado afectado, entendiendo por tal el territorio donde las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten afectados, o se produzca la restricción de la competencia. El precepto 6.3º b) RRII permite, por su parte, aplicar la *lex fori* siempre que coincida con el domicilio del demandado y uno de los mercados afectados. El carácter general del foro del demandado, caracterizado como su foro natural es aquel en que sus posibilidades de defensa son más altas y, por lo tanto, habilita su aplicación en el caso de que la demanda sea colectiva. Las acciones colectivas presentan la particularidad de que su objeto concierne a una colectividad o grupo de personas.

Al tratarse de una materia extracontractual, los únicos foros donde se puede reclamar por el total del daño son el domicilio del demandado o el lugar de producción de daño coincidiendo ambos en muchos casos. Habrá que analizar si existe algún elemento transfronterizo que nos remita a algún otro Estado miembro. Por su parte, tampoco hay que perder de vista que los artículos 101 y 102 TFUE son normas materiales imperativas y no pueden excluirse voluntariamente por las partes.

Por lo tanto, en aquellos casos que se observe un elemento transfronterizo y apoyándome en lo que establece el artículo 6.3º b) del RRII que se aplica en las materias extracontractuales y que encaja perfectamente en los casos de constitución de un cártel cuando los demandados pueden pertenecer a varios Estados miembros, puedo elegir la ley del foro siempre que coincida con el domicilio de uno de los demandados y además, corresponda con uno de los mercados afectados. Por lo tanto, si el cártel lo hubieran constituido algún comprador español y además compradores de otros Estados miembros, podré acudir a la ley española que no solo es la que yo conozco mejor, si no que es la establece el RRII que rige las relaciones de la ley aplicable en el DIPr.

La sentencia de *CDC*, que destaca la aplicación del artículo 8.1º del RBI bis, establece que si hubiera una pluralidad de demandados porque se tratara de la

constitución de un cártel y los participantes del mismo pertenecieran a diferentes Estados miembros, la demanda se podrá interponer ante el tribunal de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieran vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente. Asimismo, resuelve que la concentración de competencias en caso de una pluralidad de demandados puede aplicarse en el supuesto de una acción para la condena solidaria al pago de una indemnización. Por lo tanto, si existiera un cártel, la demanda se podría interponer ante cualquiera de los Tribunales de las empresas que hayan participado en el mismo.

En resumen, las acciones colectivas suponen a día de hoy una opción válida para reclamar los daños y perjuicios causados a una pluralidad de sujetos. Precisamente muchos ilícitos anticoncurrenciales se caracterizan por generar este tipo de daños a lo largo de la cadena de distribución. Por lo tanto, resulta obligado tratar la dimensión internacional de las acciones colectivas derivadas de ilícitos del Derecho de la competencia porque las cadenas de distribución se alargan mucho con relativa facilidad.

La Directiva 2014/104/UE deja al arbitrio de los Estados miembros la decisión de introducir o no procedimientos de recurso colectivo para las acciones interpuestas por particulares para el efectivo cumplimiento del Derecho de competencia. Por lo tanto, habrá que esperar a comprobar si en la transposición al ordenamiento español se adopta alguna medida que promueva las mismas.

CONCLUSIONES

Primera. La OMC actúa con lentitud y poca eficacia. Los desequilibrios mundiales conducen a los acuerdos bilaterales. La UE sigue sin definir su futuro.

La dialéctica de integración versus profundización en la UE ha dado paso al Brexit y el auge del aislacionismo, americano y de otros Estados miembros también. La aplicación del artículo 50 del TFUE, que se pensó que nunca iba a utilizarse, unido a las políticas de refugiados que delegan en Turquía la gestión de la crisis humanitaria que se atraviesa, está haciendo que la Unión Europea pare y reflexione. Quizás sea el momento de analizar las velocidades distintas que hemos llevado, tantas incorporaciones nuevas como se han producido bajo la crisis económica actual y la sombra amenazante y cada vez más omnipresente del terrorismo internacional.

En este panorama mundial convulso que afecta a Europa, se replantea la forma de relacionarse comercialmente con los demás países. La Ronda de Doha ha estado a punto de extinguirse por no conseguir resultados tangibles mientras observamos estupefactos cómo su denostada burocracia está ahogándole a gastos sin aportar soluciones a los problemas reales. ¿Cuánto tiempo más van a consentir los países mantener esta infraestructura mastodóntica que solo le reporta gastos y que no aporta soluciones? ¿La clave pasa por erradicarla o modificarla sustancialmente?

Se observa un avance imparable de celebración de acuerdos bilaterales entre potencias hegemónicas mundiales y eso acarrea unas consecuencias graves para todos los países. En la OMC, la cuna por excelencia de los acuerdos multilaterales, más o menos, cada país vale un voto. Pero cuando se trata de la celebración de los acuerdos bilaterales, las desigualdades se disparan y los acuerdos que se alcancen entre dos potencias normalmente condicionan el comercio mundial de alimentos, servicios y transacciones económico-comerciales del resto del planeta.

No voy a entrar a valorar la posible supresión de la OMC pero de lo que no tengo ninguna duda es que el sistema multilateral actual no funciona. Los países celebran acuerdos bilaterales porque tienen la necesidad de seguir avanzando en sus políticas cada vez más globales. Y lógicamente, algunos países son más interesantes como socios estratégicos que otros. Me atrevo a destacar que ni siquiera son los gobiernos los que despiertan el objeto del deseo de las distintas políticas ciudadanas,

sino las empresas que hay detrás. Las relaciones comerciales no se mueven por el altruismo y las causas humanitarias, se mueven por lucro y obtención del máximo beneficio. Querer imponer unas reglas de buena fe y de coherencia y cordura está muy bien pero resultan impracticables y absurdas. Mantener esas reuniones plurilaterales de contención, de control y de respeto es apoyarse en una quimera. Lo que realmente funciona son las sanciones, las correcciones y los vetos.

Segunda. La PAC y la Política de competencia están condenadas a no entenderse.

La PAC, política comunitaria de ayudas al sector agrario europeo, no promueve la libre competencia en los mercados mundiales porque es proteccionista con la producción europea e impide la liberalización de los mercados y la igualdad de oportunidades para todos. Desde la OMC, se defiende la supresión de las ayudas a la agricultura en su totalidad porque en el comercio mundial de alimentos, proteger a unos productores frente a otros genera tratos desiguales a nivel global. La OMC considera que se deben erradicar por completo las ayudas, pero de manera temporal las permite. Este hecho en sí le desautoriza para exigir el cumplimiento de otras normas comerciales a nivel mundial.

Las normas emanadas de la OMC rigen el comercio entre los Estados y tienen como objetivo central la liberalización mundial del comercio y facilitar el acceso a los mercados extranjeros a través de la eliminación de las restricciones impuestas por los Estados. Las normas de la OMC no pretenden establecer un Derecho uniforme del comercio internacional a escala planetaria sino eliminar de los Derechos estatales aquellas trabas que pudieran obstaculizar las transacciones económicas internacionales o que impliquen una protección desmedida e injustificada del comercio mundial⁷⁰².

Es cierto que para tender a un mercado mundial de libre competencia, esas ayudas deberían de suprimirse por completo. No se puede exigir a los productores de países en desarrollo que tengan que vender sus producciones a bajo precio para adquirir un producto similar al suyo que llega del extranjero más barato que el suyo precisamente por la existencia de esas ayudas que reciben en origen. Se hablaría incluso

⁷⁰²FERNÁNDEZ ROZAS, J.C, *op.cit.*, nota 32, pp. 60-62.

de medidas antidumping que no están permitidas por las leyes de competencia. Debería de prevalecer la soberanía alimentaria y no solo la seguridad alimentaria. Las medidas comerciales que se adopten a nivel mundial no deberían poner en peligro, bajo ningún concepto, el Derecho a alimentarse que tiene cualquier ser humano. Debería ser posible la convivencia de las distintas agriculturas (intensiva y extensiva) sin desgastar las tierras a la vez que se protege el medioambiente y se conservan las zonas rurales.

Una de las ventajas de la liberalización será que se podrá exportar más fácilmente a otros mercados. La internacionalización de las producciones agrarias es fundamental, y necesaria, para estabilizar el mercado europeo y mantener sus precios sin provocar un desplome de los mismos. Para salir de esta crisis, es necesario diversificar y penetrar en nuevos mercados con objeto de equilibrar las ofertas y demandas de producciones y servicios a nivel mundial.

La libre competencia promueve la mejora de la competitividad, las inversiones en innovación, la diversidad, el crecimiento y el desarrollo y ello hace que las producciones sean competitivas en otros mercados por lo que tenderán a internacionalizarse. Uno puede internacionalizarse aunque no exista libre competencia en el mercado, pero la libre competencia aparejará necesariamente la internacionalización siempre que la capacidad productiva pueda responder a esas nuevas demandas emergentes que provienen de mercados hasta ahora no explorados por la empresa. Siempre que exista capacidad productiva, la libre competencia promoverá la diversidad y el crecimiento mejorando la competitividad.

Por otro lado, cuando se trata de aplicar la legislación de competencia, a la agricultura siempre se le ha tratado de una manera *diferenciada* respecto al resto de sectores económicos. El Reglamento nº 1308/2013 incluso llegó a aprobar dos excepciones agrarias que tienen una aplicación escasa por no decir nula. Al sector agrícola no se le ayuda aprobando excepciones o derogaciones a la ley de competencia. Estas excepciones agrarias no deberían regularse siquiera porque a la política agraria se le debería de aplicar íntegramente la legislación de competencia.

La tendencia de las instituciones europeas es preparar al agricultor para ofertar sus productos en un mercado global, darle las herramientas para que pueda competir con otros productos similares al suyo sin perder de vista la calidad, el origen y las normas

sanitarias que han sido tan importantes en Europa durante tantos años. Lo que ocurre es que la PAC protege al agricultor y atenta, de esta manera, contra la libre competencia en el mercado. Podría pensarse en la supresión completa de estas ayudas pero, mientras los competidores a las producciones europeas las mantengan (caso de Estados Unidos, Australia, Canadá), será muy difícil pensar en su erradicación porque nos dejaría en una débil posición frente a otros países.

El mercado ideal es aquel donde los ingresos proceden del mercado, no de las ayudas públicas⁷⁰³. La teoría es muy buena pero la práctica sigue creando desigualdades y desequilibrios en el mercado mundial. Cuando acabe esta crisis, la posición de nuestra economía y nuestro bienestar dependerá de nuestra productividad, y ésta no será muy alta si llegamos a esa etapa con sectores industriales y de servicios poco competitivos. En un contexto de este tipo será difícil que puedan surgir proyectos empresariales de futuro y creadores de valor y de empleo⁷⁰⁴. Hay que seguir pensando en el funcionamiento adecuado de un mercado competitivo, no en parches temporales cortoplacistas avalados por los fondos públicos.

Mi propuesta pasa porque las ayudas de la PAC vayan disminuyendo progresivamente como así está ocurriendo con las sucesivas reformas y solo se concedan en casos excepcionales de crisis en los mercados de extrema gravedad (veto ruso, circunstancias catastróficas). Por su parte, la Política de la competencia debería posicionarse mejor y afianzarse en Europa y en todo el mundo. A pesar de la realidad que conduce al neoproteccionismo de Estados Unidos y Reino Unido, se debe tender hacia mercados cada vez más globales donde se promueva la innovación, la competitividad, la calidad y el libre comercio sin restricciones y en donde no haya espacio para ningún proteccionismo.

⁷⁰³ GARCÍA AZCÁRATE, T., *op.cit.*, nota 125, p. 99.

⁷⁰⁴ GANUZA, J. y CALVERAS, A., *op.cit.*, nota 133, p. 133.

Tercera. La Política de competencia alcanza su plenitud en clave de efectividad a través de la descentralización.

En mi opinión, la Ley de competencia nació con una vocación universal y de aplicación descentralizada. Nuestro entorno es cada vez más global y más liberalizado. Las barreras, arancelarias o no (obstáculos técnicos al comercio), deben derribarse. La defensa de un correcto funcionamiento de los mercados y la economía debe preservarse a nivel mundial. De qué manera. Solo con una aplicación descentralizada se podrá conseguir. Es cierto que, a día de hoy, existe heterogeneidad en la aplicación de las normas de competencia en los Estados miembros y en el resto de países; por eso parece oportuno plantearse algún sistema u opción por el que se puedan seguir criterios uniformes en la protección y la promoción de la política de competencia a nivel europeo y mundial, precisamente porque las directrices deben provenir de los mismos órganos legitimados en cada caso. La Comisión será la encargada a nivel europeo de establecer las pautas que pretenden esa uniformidad y la OMC *debería hacer* lo propio a nivel mundial.

Respecto a España, soy partidaria de crear una dirección/área en la CNMC que resuelva los asuntos que se planteen en el sector agroalimentario, hasta el día de hoy relegado a un segundo plano e inexistente como Dirección específica. La legislación de competencia debe prestar más atención al sector agrario y primario. Y se debería de promover *coercitivamente* la creación de organismos autonómicos de defensa de la competencia en todas y cada una de las CCAA en España asegurándoles autonomía, independencia e imparcialidad para poder realizar su cometido sin interferencias.

Las restricciones de la competencia emanadas de los poderes públicos autonómicos y locales son variadas (normas, concesiones, contratos públicos, ayudas públicas, empresas públicas) y tienen unos efectos tan graves sobre la competitividad y el crecimiento económico que cualquier iniciativa de la autoridad autonómica en ese sentido es susceptible de producir más beneficios económicos y sociales que toda su actividad sancionadora frente a las demás.

La promoción y defensa de la competencia debe descentralizarse para ser eficiente y aprovechar bien los recursos que la legislación le asigna. Las autoridades de

defensa de la competencia deben estar cerca (*física y psicológicamente*) de los infractores y de los hechos. Si la autoridad se encuentra cerca, tendrá facilidad para profundizar en las actuaciones y conocer a los autores, el inadecuado funcionamiento del mercado y el alcance de la infracción. De otra manera, se difuminará en un procedimiento largo con resultados infructuosos y el consumidor y el interés general quedará desatendidos. Aquellas CCAA que no tienen órganos de defensa de la competencia propuestos y aprobados en sus Estatutos de Autonomía no cuentan ni con la voluntad política de que se aplique la política de competencia ni con la intención de que se resuelvan los abusos que se producen en el mercado. Hasta ahora, las autoridades autonómicas han tenido limitada su actuación sancionadora y se han centrado en la labor de promoción que en algunos casos, como el que investigo en la CCAA de La Rioja, ha sido nula.

Respecto a la CCAA de La Rioja, es necesario que, haciendo uso de las prerrogativas que concedió el Tribunal Constitucional a las CCAA, se apruebe en el Estatuto de Autonomía de La Rioja la creación de un organismo autonómico de defensa de la competencia. No es suficiente con un acuerdo de colaboración con la CNMC. Es necesario un órgano físico a donde la gente pueda acudir para ser informado o para denunciar. Hay un desconocimiento absoluto de la política de competencia y si los pocos que la conocen, no saben a dónde dirigirse o qué hacer cuando se vulneran sus derechos, se produce un inmovilismo absoluto como el actual.

El gobierno riojano debe poner en una balanza el interés del consumidor y de la sociedad frente a los intereses económicos que atentan contra la libre competencia y buscan monopolios y oligopolios con los que beneficiarse solo unos pocos en detrimento del gasto que deben hacer los ciudadanos por contar con menos servicios y peor calidad en sus prestaciones. Es necesaria la creación de un organismo autonómico de defensa de la competencia propio.

Por otro lado, es cierto que en algunos casos concretos, opción que quizás se podría barajar para la CCAA de La Rioja, ante la imposibilidad de crear un órgano autónomo e independiente de defensa de la competencia, se podría crear un órgano que defienda el consumo y promueva la competencia. Es decir, debido a que no observo receptividad política para la creación de un órgano autónomo de competencia, quizás crear un órgano que asuma ambas materias juntas sería una buena opción a corto plazo.

Cuarta. Los programas de clemencia dentro de la aplicación pública del Derecho de la competencia deben preservarse. Los primeros pasos de la Directiva 2014/104/UE son los adecuados.

La necesidad de encontrar un equilibrio entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia nos lleva a la Directiva 2014/104/UE que aún no se ha traspuesto en España. Ambas proyecciones del Derecho de la competencia persiguen el mismo fin que es el funcionamiento adecuado de la Política de competencia. Por un lado se protege el libre mercado y el correcto funcionamiento de la economía y por otro lado se protegen los intereses económicos de aquellos que han sufrido un daño o un perjuicio.

Desde mi punto de vista, considero que ambos vértices deben ser complementarios y no debe prevalecer uno sobre el otro. Si tuviera que sacrificar a uno de los dos en aras de un interés superior, considero que la aplicación pública del Derecho de la competencia debe prevalecer sobre la aplicación privada porque el daño al mercado puede ser muchísimo mayor que el causado a *uno solo*. En ningún caso concibo que para proteger los intereses económicos de las partes perjudicadas se ponga en peligro la aplicación pública del Derecho de la competencia con su correspondiente programa de clemencia y la Comunicación de la Comisión para la concesión de dispensa o la exención del pago de la multa.

Los cárteles no deben tener encaje en nuestra sociedad porque el daño que hacen a la colectividad y al bien común es enorme. Por lo tanto, los programas de clemencia deben mantenerse porque se han convertido en la herramienta más potente que tiene la Administración para descubrir estas conductas que se han convertido en las infracciones más graves al Derecho de la competencia. De hecho, los mayores problemas los vamos a encontrar con aquéllos cárteles en los que ninguna de las empresas que lo conforman quiere adherirse al programa de clemencia. Ahí tenemos un problema. Por lo tanto, el programa de clemencia y la comunicación sobre dispensa o exención son medidas adecuadas y correctas a la realidad que atravesamos.

Respecto a la Directiva 2014/104/UE, me parece que los primeros pasos que está dando son los correctos, comparto el posicionamiento que plantea de ciertos beneficios a aquellos co-autores del cártel que han colaborado con la investigación para destapar el

mismo. Tengo curiosidad por saber cómo se realizará finalmente la trasposición de la Directiva en España y si efectivamente el legislador nacional optará o no por desarrollar más algunos aspectos dentro de la legalidad y el Derecho de la Unión.

Por otro lado, me parece interesante lanzar una reflexión sobre el entorno institucional y socio-cultural que debe existir para el desarrollo adecuado de la aplicación pública y, por lo tanto, de la privada en el Derecho de la competencia. La penetración de la cultura de competencia en la sociedad se observa por la aceptación o no de las decisiones de las autoridades de competencia. A día de hoy, prácticamente se recurren la mayoría de las resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia.

De esta manera y con esta falta de apoyo institucional, político y social, es difícil que prosperen las reclamaciones judiciales de indemnización de daños cuando casi todas las actuaciones administrativas de las autoridades de competencia son impugnadas por las empresas condenadas. Inevitablemente, la falta de cultura y de conciencia competitiva pasará de la aplicación pública a la privada, haciéndola extensiva. Sólo cuando la cultura de competencia impere, las reclamaciones de daños podrán prosperar también. Esta evolución cultural e institucional se muestra clave en el desarrollo y la evolución de las reclamaciones judiciales de los daños en el Derecho de la competencia.

Quinta. Las acciones colectivas son una herramienta procesal de defensa que se consolidará en Europa y en España.

Tristemente, en esta última Directiva 2014/104/UE que está a punto de transponerse en España, *finalmente* no se regularon las acciones colectivas pero la práctica nos conduce irreversiblemente hacia ellas. Como muestras recientes encontramos el caso del sistema de emisiones de CO2 del grupo Volkswagen que está siendo reclamado a través de una acción colectiva, la sentencia del TJUE que condenó a varios bancos por las cláusulas suelo y que se impulsó a través de una acción colectiva promovida por una entidad sin ánimo de lucro y el caso de los gastos de constitución de hipotecas que acabará irreversiblemente en otra acción colectiva.

Otorgar nuevas herramientas a los consumidores y operadores del mercado para que logren la reparación de los daños y que, además, tengan un efecto disuasorio para que las empresas no vuelvan a cometer infracciones anticoncurrenciales, representa un avance sustancial para la aplicación pública del Derecho de la competencia.

Aunque van a surgir muchas dudas interpretativas al aplicar la Directiva 2014/104/UE y se elevarán muchas cuestiones prejudiciales al TJUE, tengo claro que con el tiempo la suma del trabajo que realizan las autoridades de defensa de la competencia y los juzgados de lo mercantil, conformará un sistema integrado, uniforme y sólido que preservará el bien común a través del correcto funcionamiento de los mercados.

Se está poniendo de manifiesto que las acciones colectivas son una realidad que está adquiriendo una gran dimensión. Cada día es más fácil encontrar a una pluralidad determinada de sujetos que ha sufrido un daño y exige una reparación del mismo. La Directiva es el paso necesario para que la aplicación privada del Derecho de la competencia se consolide y con ella las reclamaciones colectivas que se podrán ejercitar ante las infracciones más graves a la legislación de competencia como son los cárteles. Razones de economía procesal, acceso a la justicia y prevención de comportamientos ilícitos avalan este instrumento.

Hasta ahora, las acciones colectivas se prevén para el Derecho de consumo y para el Derecho de la competencia. En España, solo para el Derecho de consumo pero no existe ninguna objeción para que se puedan extender a otros derechos y que protejan cada vez más bienes jurídicos. En concreto, se deja la puerta abierta al legislador español para, sin contravenir el Derecho europeo, desarrolle más su contenido a propósito de la trasposición de esta Directiva 2014/104/UE.

Si hablamos de una pluralidad de demandantes, que además son pequeños y tienen poca fuerza individualmente, recurrir a una acción colectiva es otorgarles una garantía extra de protección judicial para la defensa de sus derechos como es el caso del sector agrario.

Por otro lado, si a una pluralidad de demandantes se añade un elemento transfronterizo, la lógica es aún más aplastante. Aplicar distintas leyes que correspondan al lugar del domicilio del demandado o del mercado afectado es complicado. Si se acuerda un foro especial para estas acciones colectivas y se puede reclamar solidariamente la responsabilidad en el caso de una pluralidad de demandados porque se trata de la constitución de un cártel, se facilita mucho todo el procedimiento interponiendo una acción colectiva. No obstante, no quiero omitir las dificultades

intrínsecas a este tipo de actuaciones hoy en día como es la definición del sujeto que ha sufrido el daño, la publicidad, el contenido de la acción, la dificultad de la prueba, las costas y la lentitud que son inconvenientes que habrá que ir salvando conforme se vaya afianzando el ejercicio de las acciones colectivas en Europa que me parece muy necesario.

Ahora, en un corto plazo, España debe trasponer la Directiva y como las acciones colectivas no están reguladas en ella, sería oportuno o bien que el legislador nacional contemplara su aplicación respetando el Derecho de la Unión o bien, pensar en aprobar una nueva Directiva de ámbito europeo que si recogiera las acciones colectivas como instrumento necesario y factible en la aplicación privada del Derecho de la competencia cuando se trata de una pluralidad de sujetos que han sufrido un daño.

Sexta. La importancia de los Reglamentos de DIPr para regular los cárteles transfronterizos.

Los Reglamentos de DIPr resultan cruciales para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable cuando nos encontramos ante infracciones al Derecho de la competencia con elementos transfronterizos. Y facilitan la comprensión enormemente cuando nos encontramos ante la infracción más grave al Derecho de la competencia, como son los cárteles, que producen consecuencias en varios Estados miembros o cuando se han constituido por empresas que pertenecen a distintos Estados miembros.

Desde un punto de vista calificadorio, al hablar de las infracciones al Derecho de la competencia las trataremos *siempre*⁷⁰⁵ como materia extracontractual y se regularán, como tal por el artículo 7.2º del Reglamento Bruselas I bis y por el Reglamento Roma II. Tampoco se debe perder de vista la categoría de leyes imperativas internacionales que tienen los artículos 101 y 102 del TFUE conforme lo previsto en el artículo 9 del Reglamento Roma II.

La jurisprudencia del TJUE seguirá resultando decisiva para orientar a los operadores jurídicos y en particular a los legisladores nacionales acerca de la interpretación de estos supuestos.

⁷⁰⁵En raras ocasiones puede considerarse que hay infracciones a la competencia dentro del ámbito contractual. No es lo habitual pero si es posible, por lo tanto una interpretación justificada y razonable resulta fundamental en ese caso.

Séptima. La ley de la cadena alimentaria complementa la legislación de competencia. Otras cuestiones calificadorias.

La Ley 12/2013 nació en España con vocación estatal y también europea. No en vano ha sido propuesta ante las instituciones comunitarias como referente europeo de legislación para proteger la cadena alimentaria. En sus inicios, pareció que se aprobaba porque la legislación de competencia no estaba realizando su cometido, pero tras analizar ambas leyes se constata que la Ley de la cadena alimentaria es un complemento de la legislación en competencia a pesar de que no se pueden obviar las diferencias que han surgido entre ambas.

Al principio, se pensó que el ordenamiento jurídico español ya tenía todos los instrumentos necesarios para perseguir y sancionar las conductas que aparecían tipificadas en la ley especial, pero después se ha comprobado que no es así. Aunque los órganos de competencia hubieran hecho su trabajo, hubiera sido necesaria igualmente la aprobación de una ley especial para un sector concreto, el agroalimentario.

La LCA y la legislación de competencia protegen bienes jurídicos distintos. Por un lado, la LCA persigue las conductas comerciales desleales con independencia de que exista o no libre competencia en el mercado. Por su parte, la legislación de competencia promueve el libre mercado y la libre competencia, incluso justifica alguna infracción a la libre competencia si hay un interés mayor que lo justifique y siempre que redunde en beneficio del propio consumidor. O al menos, cuando el consumidor obtenga algún beneficio económico proporcional al daño que le ha reportado la conducta infractora.

No obstante, la LCA no es una ley completa y se prevé que con el tiempo irá desarrollando los aspectos que han quedado pendientes y que irá encontrando su lugar y respondiendo las dudas que surjan respecto a su operatividad en todo el territorio español. Aún está pendiente de completarse el Código de buenas prácticas comerciales en la cadena, de desarrollar reglamentariamente el sistema de arbitraje previsto para la resolución de conflictos y el sello que identifique a aquellos operadores que se adhieran al Código de buenas prácticas.

En mi opinión, sería conveniente establecer unas directrices comunes para coordinar las actuaciones con las distintas CCAA. Asimismo, si la AICA designara órganos autonómicos a los cuales se pudieran dirigir los particulares para tramitar

denuncias o abrir expedientes, los procedimientos serían mucho más ágiles. Los inspectores de la AICA también deberían descentralizarse. La AICA tiene su sede física en Madrid y trabaja con inspectores que se desplazan geográficamente a las regiones para hacer inspecciones de oficio o tras haber recibido alguna denuncia. Desde mi punto de vista, para que la AICA sea realmente efectiva, debe de establecer colaboraciones autonómicas con las Consejerías de Agricultura o de Desarrollo Económico de cada región. Por otro lado, sería oportuno que actuaran complementariamente y de manera coordinada los órganos creados por la LCA y los órganos de defensa de la libre competencia.

Otro aspecto a destacar de la Ley de la cadena alimentaria es que se podría convertir en una norma material imperativa en Europa cuando se tratara de regular relaciones comerciales en Europa. Si tengo presente la jurisprudencia del TJUE (sentencias *Unamar* y *Nikiforidis*), no es descartable que las normas españolas de la cadena alimentaria puedan ser consideradas leyes de policía según el artículo 9 del RRI. Si se admite esta calificación, la elección de un Derecho extranjero no impide que un juez español pueda, en aplicación del artículo 9, aplicar la ley española como ley de policía. Y esa aplicación imperativa se produciría incluso frente a la aplicación de las leyes de otros Estados miembros que hicieron también una correcta aplicación del Derecho.

Esta Ley se aprueba con la pretensión de ser una legislación específica para el sector agroalimentario que es un eje vertebrador de la política económica del país, además da cobertura a todos los eslabones de la cadena alimentaria (productor, mayorista, distribuidor) a diferencia de lo que ocurre con otras legislaciones nacionales que solo dan cobertura a los últimos escalones de la cadena alimentaria (mayoristas y minoristas). El fin último es proteger a los consumidores, al mercado y al funcionamiento adecuado de la economía del país. Se consideran normas materiales de Derecho de la competencia y la política de competencia defiende un interés público de valor superior.

Todas estas razones me llevan a concluir que la Ley de la cadena alimentaria española es la que mejor protege los bienes jurídicos objeto de protección dentro del panorama europeo y si me ciño a la sentencia *Unamar* asunto C-184/12, la ley elegida por las partes podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado

en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori*, basándose en el carácter imperativo que tienen las normas que regulan la situación, pero ello únicamente si el legislador del Estado del foro consideró crucial conceder una mayor protección que la prevista en el contrato, teniendo en cuenta la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas.

Por lo tanto, podría barajarse la posibilidad de considerar a la LCA como una ley de policía siempre que se exigiera su aplicación a toda situación, interna o internacional, comprendida dentro de su ámbito de aplicación porque ha quedado constatado que puede actuar como salvaguarda de la organización política, social o económica española y que, además, persigue intereses públicos y generales hasta tal punto de constituir una disposición cuya observancia España considera esencial.

Octava. El cooperativismo, medida útil frente a la atomización agraria.

La Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario se basa en el artículo 129.2º de la Constitución⁷⁰⁶ y tiene como fin coordinar la actividad económica agroalimentaria por su gran importancia y papel estratégico en la economía española. Con la aprobación de esta ley se quiere impulsar un modelo cooperativo empresarial, profesionalizado y generador de valor y empleo, se fomenta la fusión e integración de los productores y las entidades y se favorece la agrupación en los primeros eslabones de la cadena alimentaria con objeto de contribuir a la formación y a la mejora de las rentas de los agricultores y ganaderos.

Por lo general los agricultores son muy reacios a asociarse y poner en común capital, cosechas, *know how* y tiempo con objeto de alcanzar acuerdos. Es un desafío convencer a los agricultores y a los ganaderos de las bondades del asociacionismo. Por otro lado, es una oportunidad brillante para subsistir dentro de este escenario de crisis en un mercado cada vez más liberalizado y global. Un buen ejemplo lo representan los ganaderos catalanes y vascos que están sobrellevando mejor la crisis agraria porque

⁷⁰⁶Artículo 129.2º de la Constitución Española establece *que los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.*

están agrupados. En estas regiones españolas, el cooperativismo supera la media del país.

El cooperativismo, donde cada persona representa un voto, es equitativo y razonable, los agricultores se unen para tener más fuerza. Ahora bien, también puede convertirse en un freno si no se gestiona bien. Muchas veces, la falta de agilidad en la adaptación al mercado o las decisiones lentas pasan por una junta directiva poco resolutive y por gente que no es experta.

No soy partidaria de crear cooperativas u OPFH por las ayudas que concede la PAC a su creación o por su funcionamiento. Lo he defendido a lo largo de toda la investigación. Realizar una actividad empresarial, como es la agricultura, por la obtención de una subvención es un sinsentido, estará abocada al fracaso porque las subvenciones no permiten subsistir en el tiempo, son un pequeño incentivo pensado para solventar una situación en el corto plazo.

Por otro lado, la implicación activa de los jóvenes en el seno de las organizaciones agrarias resulta imprescindible para dotarlas de nuevas ideas, innovación y un mayor espíritu empresarial con objeto de mejorar la comercialización de las producciones agrarias.

Una buena idea sería crear centrales de venta gestionadas por los agricultores para equilibrar las fuerzas frente a las centrales de compras de la gran distribución. Resulta necesaria la presencia de jóvenes en los órganos de dirección de las cooperativas para que se impliquen en el proceso de toma de decisiones aprovechando su formación y visión empresarial. Es precisa su capacitación en negocios, comercialización e internacionalización.

El futuro de la agricultura y su sostenibilidad pasa por desterrar la atomización del pequeño agricultor y promover el asociacionismo. La opción que mejor encaja con la realidad que investigo que corresponde a muchos agricultores pequeños individuales es el cooperativismo frente a otras formas jurídicas privadas más centradas en el capital y menos en las personas.

Novena. Es necesaria una mayor implicación de todas las administraciones españolas con campañas de sensibilización y comunicación.

La política de competencia no aporta soluciones a corto plazo ni inyecta liquidez en los mercados ni estimula la demanda o la lucha contra el desempleo. Sin embargo, la apuesta por la competencia es necesaria para asegurar la prosperidad futura de la sociedad. Hay que proteger, promover, preservar y abogar por la libre competencia en todos los sectores económicos, incluido el agrario.

Por otro lado, hay que sensibilizar a los consumidores, empresarios, políticos y funcionarios sobre la aplicación de estas normas que promueven el correcto funcionamiento de los mercados y sobre la importancia que tienen nuestras decisiones de compra como clientes finales de muchos productos y/o servicios que consumimos.

Todas las empresas, tanto las grandes como las pymes, deben empezar a dar al Derecho de la competencia el lugar que le corresponde y a valorar su importancia, ya que ello evitará que puedan ser denunciados, sancionados, les impongan multas y pierdan su prestigio. Además, el correcto ejercicio de la Política de competencia, hará a los empresarios más competitivos, más innovadores, generarán más empleo y el nivel de satisfacción será mayor para todos. Parece que el Derecho de la competencia solo afecta a las grandes empresas, cuando la realidad es la contraria.

Por otro lado, la política de competencia empieza a ganar fuerza en las relaciones contractuales que establece la Administración. Las restricciones de la competencia que emanan de los poderes públicos suelen mucho más graves para la productividad y el crecimiento económico que las restricciones generadas por los agentes económicos privados; entre otras cosas porque a la Administración se le considera garante del mercado y en su naturaleza intrínseca parece impensable un daño directo al mismo. En general, falta cultura de la competencia en las empresas, en la administración y en la ciudadanía y este desconocimiento es extensible a todos los sectores. Sin embargo, nadie queda exento del cumplimiento de sus normas aunque no las conozca.

Se deberían aprobar campañas de información y sensibilización sobre la Política de competencia a nivel comunitario para informar a todos (incluidos los agricultores) de

sus derechos contractuales, de las prácticas comerciales ilegales, injustas y abusivas más comunes. No solo es preciso informar, sino acercarse a la ciudadanía. La mayoría de las ocasiones no se denuncian las infracciones porque no se tiene constancia de que lo sean y porque uno no sabe cómo proceder. La Administración es quien debe proveer las herramientas necesarias para que podamos proteger nuestros derechos a través de organismos encargados de tramitar las denuncias anónimamente y de dar seguimiento a las conductas delictivas después.

Décima. Medidas propuestas para los agricultores en la CCAA de La Rioja

Las denominaciones de origen son el signo distintivo que resalta la reputación de algunos productos de calidad ligados a una región geográfica determinada, lo que les permite diferenciar sus productos en un mercado competitivo, aprovechar el valor de los recursos locales, generar mayores niveles de ingresos, mejorar los medios de subsistencia y representar una marca que otorga proyección en los mercados internacionales. Adherirse a las denominaciones de origen ya existentes es una manera de aprovechar el impulso que las mismas han otorgado a algunos productos con unas características determinadas y vinculados a un territorio. En la situación de los agricultores de pera riojanos, lo aconsejable sería que todos los productores se adhirieran a la DOP peras de Rincón de Soto. La realidad está demostrando que la producción de pera de los agricultores riojanos, con este sello de calidad, en un medio-largo plazo y en un escenario cada vez más global, va a salir claramente fortalecida.

Las conclusiones que se extraen del análisis del asociacionismo en La Rioja es que los agricultores de peras deben unirse. Resulta interesante no solo la promoción y el impulso de las cooperativas, sino también la creación o la participación de las mismas en alguna OPFH porque eso va a reportar grandes ventajas a la agricultura como escalón primario. Las cadenas de alimentación siguen teniendo el poder a la hora de relacionarse con sus proveedores. La solución al problema del sector pasa por el asociacionismo, la concentración, la diversificación y la internacionalización en un mercado global.

El Estatuto de Autonomía de La Rioja debería asumir sus competencias y crear un organismo autonómico de defensa de la competencia que tuviera en un primer momento facultades mínimas de instrucción, transfiriendo la resolución y/o la sanción a

la CNMC como primer paso necesario porque se constata que lo que existe a día de hoy en La Rioja no funciona.

Las autoridades autonómicas deben centrarse en aquellos ámbitos donde pueden resultar más eficaces y apoyar de esta manera al órgano nacional. Es necesario formar y capacitar en La Rioja a personal experto en temas de competencia con objeto de que pueda trabajar sobre los pliegos públicos de contratación y sepa resolver, informar y actuar acorde a las exigencias del tejido económico y productivo de la región. Además, sería oportuno impulsar la elaboración de informes de alcance local, complementando en este sentido la actividad de promoción de la CNMC.

Ante la imposibilidad de crear dos órganos independientes en una región que no se muestra receptiva a ello, quizás sea oportuno barajar otra opción que pasa por unificar las materias de consumo y competencia en un único órgano. En este supuesto que no me convence pero que quiero valorar como un avance cuantitativo y cualitativo, habría que ampliar el objeto material de la ley de consumo e introducir algún artículo específico que mostrara que, además, su interés también es promover la libre competencia en el mercado. Como última opción se podría promover la protección de la libre competencia bajo el paraguas de un órgano autonómico de consumo que ya estuviera plenamente operativo. La conclusión más importante que extraigo es que lo que se está haciendo en La Rioja respecto a la política de competencia es insuficiente, el Convenio de colaboración que se firmó con la CNMC en mayo de 2016 es insuficiente.

Desde el punto de vista de la aplicación pública del Derecho de la competencia, los agricultores riojanos de pera conferencia podrían poner una denuncia ante el órgano administrativo competente en la región (*si lo hay*) si consideraran que se está infringiendo alguna de las conductas descritas en el artículo 101 del TFUE y el artículo 1 de la LDC, como podría ser el establecimiento de acuerdos para la fijación de los precios para la compra de los kilos de pera y el reparto de los mercados.

No obstante, es difícil que la denuncia de un único agricultor prospere. Sería mejor que una persona jurídica (sindicato agrario, cooperativa o consejo regulador) que represente a la colectividad de agricultores interponga una denuncia ante la CNMC o ante la Dirección General de Competencia en la Comisión Europea que desviará el asunto a la Dirección General de Agricultura de la Comisión Europea.

Ahora bien, la Directiva 2014/104/UE ha abierto la vía a la aplicación privada del Derecho de la competencia y eso permite que la misma persona jurídica que representa a los agricultores pueda interponer una acción colectiva por la vía civil reclamando los daños y perjuicios ocasionados a los agricultores si efectivamente se puede probar el daño y el nexo causal de la conducta infractora constitutiva del cártel en este caso. Y aquí la dificultad más grande estriba en saber si efectivamente existe o no el cártel de los compradores y mayoristas de fruta en la CCAA de La Rioja que seguramente será extensible a otras regiones españolas e incluso a otros Estados miembros por la facilidad que tienen las relaciones comerciales de alargarse en el canal de venta; de ahí la obligatoriedad de tratar la dimensión internacional de las acciones colectivas derivadas de ilícitos del Derecho de la competencia.

Por su parte y como cierre de las medidas propuestas, es necesario que el Gobierno de La Rioja impulse y promueva campañas de concienciación, sensibilización e información sobre la Ley de defensa de la competencia, la Ley de la cadena alimentaria, los mercados globales, las formas de asociarse y la gestión y canalización de las ayudas públicas. Estas campañas podrían impulsarse a través de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente o bien a través de la Consejería de Innovación y Desarrollo Económico y las podrían organizar los sindicatos agrarios, la DOP y/o los ayuntamientos. La información es poder y los agricultores, muchas veces, carecen de la información que necesitan para tomar las decisiones oportunas. Hay que acercarse a la ciudadanía y proveerles de herramientas para la defensa de sus intereses y derechos.

**FUENTES BIBLIOGRÁFICAS y
DOCUMENTALES**

- I. LEGISLACIÓN**
- II. JURISPRUDENCIA**
- III. DOCTRINA**
- IV. INFORMES INSTITUCIONALES**

I. LEGISLACIÓN

I. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UE

1. Derecho Institucional

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el 18 de abril de 1951.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Instrumento de ratificación el 12 de junio de 1985.

Acta Única Europea, de 17 y 28 de febrero de 1986.

Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich, el 7 de febrero de 1992.

Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 18 de diciembre de 2000.

Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la UE, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el 17 de diciembre de 2007.

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE, el 30 de marzo de 2010.

2. Convenios

Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

3. Derecho derivado

Reglamento nº 26, de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas.

Reglamento nº 804/68, 27 junio de 1968, en el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y los productos lácteos, se aprobó el sistema de cuotas lácteas en Europa.

Reglamento nº 856/84, de 31 de marzo de 1984, por el que se modifica el Reglamento nº 804/68 por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos.

Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

Libro blanco sobre seguridad alimentaria, de 12 de enero del 2000, Bruselas, COM (1999) 719 final.

Reglamento nº 44/2001, de 22 diciembre de 2000, relativo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil conocido como Reglamento Bruselas I.

Directiva 2001/18/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

Reglamento nº 178/2002, de 28 de enero de 2002, crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria.

Reglamento nº 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Decisión 2003/600/CE, de 2 de abril de 2003, Asunto COMP/C.38.279/F3, Carnes de vacuno francesas.

Reglamento nº 1782/2003, 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 se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos nº 2019/93, nº 1452/2001, nº 1453/2001, nº 1454/2001, nº 1868/94, nº 1251/1999, nº 1254/1999, nº 1673/2000, nº 2358/71 y nº 2529/2001.

Libro Verde, de 19 de diciembre de 2005, relativo a la reparación de los daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

Reglamento nº1698/2005, de 20 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER).

Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final.

Reglamento nº 318/2006, de 20 de febrero de 2006, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar.

Reglamento nº 1184/2006, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas.

Decisión 2006/144/CE, de 20 de febrero de 2006, sobre las directrices estratégicas comunitarias de desarrollo rural.

Decisión C (2006) 5700 final, de 29 de noviembre de 2006, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 81 y 53 del Acuerdo EEE.

Reglamento nº 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido como Reglamento Roma II.

Reglamento nº 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas, conocido como Reglamento único para las OCM.

Libro Blanco, de 2 abril de 2008, sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

Decisión 2008/359/CE de la Comisión, de 28 de abril de 2008, por la que se establece el Grupo de Alto Nivel sobre Competitividad de la Industria Agroalimentaria.

Reglamento nº 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como Reglamento Roma I.

Directiva 2009/22, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

Dictamen, de 28 de octubre de 2009, sobre la Comunicación de la Comisión relativa a mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa, COM (2009) 591 final.

Reglamento nº 1218/2010, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización.

Dictamen, del 15 de febrero 2011, sobre la Comunicación de la Comisión *sobre mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa*.

Reglamento nº 543/2011, de 7 de junio de 2011, por el que se establecen disposiciones en los sectores de las frutas y las hortalizas.

Dictamen, de 22 septiembre de 2011, sobre el futuro de los jóvenes agricultores en Europa, Bruselas.

Reglamento nº 261/2012, de 14 marzo de 2012, por el que se aprueba el Paquete lácteo.

Reglamento nº 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil conocido como Reglamento Bruselas I bis.

Libro Verde sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa en 2013, Bruselas, 31 de enero de 2013 COM (2013) 37 final.

Dictamen, de 9 de mayo de 2013, sobre las relaciones comerciales entre la gran distribución y proveedores de productos alimentarios.

Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Reglamento nº 543/2011, de 7 de junio de 2011, por el que se establecen disposiciones en los sectores de las frutas y las hortalizas.

Recomendación 2013/396/UE, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión.

Decisión, de 27 de noviembre de 2013, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 101 del TFUE, Asunto 39633/ Camarones.

Reglamento nº 1246/2013, de 28 de noviembre de 2013, por el que se aprueba una modificación del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de DOP y de IGP.

Reglamento nº 1303/2013, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento nº 1083/2006 del Consejo.

Reglamento nº 1308/2013, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y se derogan los Reglamentos nº 922/72, nº 234/79, nº 1037/2001 y nº 1234/2007.

Decisión de 25 de junio de 2014 sobre infracción del artículo 101 del TFUE y el artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto 39965/ Setas y champiñones.

Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Reglamento nº 2015/517, de 26 marzo de 2015, que permite aplazar el pago de la supertasa durante tres años.

II. LEGISLACIÓN INTERNA

A) Legislación española

Ley 110/1963, de 20 julio, de Represión de prácticas restrictivas de la competencia.

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, por la que se aprobó el Estatuto de Autonomía de La Rioja.

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Real Decreto 2466/1986, de 28 de noviembre, por el que se establece el procedimiento para determinar las cantidades de referencia previstas en el Reglamento 804/1968, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y productos lácteos.

Ley 16/1989, de 17 julio, de Defensa de la Competencia.

Código Civil, de 24 de julio de 1889.

Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal.

Ley 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, reformó el Estatuto de Autonomía de la CCAA de La Rioja.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 2/2000, de 7 enero, reguladora de los contratos tipo en los productos agroalimentarios.

Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

Orden de Agricultura Pesca y Alimentación APA/3066/2002, de 25 de noviembre, que reconocía la DOP peras de Rincón de Soto y ratificó el Reglamento de la IGP de Peras de Rincón de Soto.

Ley 24/2003, de 10 julio sobre la viña y el vino.

Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia.

Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia.

Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la competencia.

Real Decreto 1972/2008, de 28 de noviembre, sobre reconocimiento de las OPFH.

Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Orden 6/2011, de 17 de enero de 2011, de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural por la que se aprueba el Reglamento de la DOP Peras de Rincón de Soto y su órgano de gestión.

Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia.

Decreto 177/2011, de 14 de julio de 2011, de supresión de los órganos de defensa de la competencia de Castilla-La Mancha.

Real Decreto 1337/2011, de 3 de octubre, por el que se regulan los fondos y programas operativos de las OPFH.

Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

Real Decreto 1363/2012, de 28 de septiembre, por el que se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores de leche y de las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecen sus condiciones de contratación.

Ley 5/2013, de 12 abril de 2013, para la defensa de los consumidores.

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Ley 12/2013, de 2 agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria

Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario.

Real Decreto 227/2014, de 4 de abril, se aprueba el Estatuto de la Agencia de Información y Control Alimentarios.

Real Decreto 970/2014, de 21 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 1972/2008, de 28 de noviembre, sobre reconocimiento de organizaciones de productores de frutas y hortalizas y el Real Decreto 1337/2011, de 3 de octubre, por el que se regulan los fondos y programas operativos de las organizaciones de productores de frutas y hortalizas.

Real Decreto 66/2015, de 6 de febrero, regula el régimen de controles a aplicar por los inspectores de la AICA.

El Real Decreto 125/2015, de 27 de febrero que modifica el Real Decreto 1363/2012, de 28 de septiembre, por el que se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores de leche y de las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecen sus condiciones de contratación.

Real Decreto 637/2015, de 10 de julio, aplica en España el Reglamento de ejecución nº 2015/517, de la Comisión, de 26 de marzo de 2015, que modifica el Reglamento n.º 595/2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento nº 1788/2003, del Consejo.

B) Resoluciones administrativas españolas

TDC, Resolución de 15 abril de 1999, cártel del azúcar.

CNMC, Expediente S/0091/08, 25 febrero de 2010, productores de uva y mosto de Jerez.

CNMC, Expediente S/0231/10, de 16 marzo de 2010, hortofruticultores de Almería.

CNC, Expediente S/0162/09, 13 septiembre de 2010, semillas de girasol.

CNMC, Resolución nº S/0167/09, de 6 octubre de 2011, productores de uva y mosto de Jerez.

CNMC, Expediente S/0429/12 Residuos, 8 enero de 2015.

CNMC, Expediente S/0425/12 de Industrias Lácteas 2, 26 febrero 2015, cártel de la leche.

CNMC, Expediente S/0471/13 concesionarios Audi/Seat/VW, 28 mayo de 2015, cártel del motor.

CVC, Resolución del 4 de febrero de 2016, expediente 6/2013 de los comedores escolares.

CNMC Expediente S/DC/0504/14, 26 mayo de 2016, cártel del pañal.

II. JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 13 de febrero de 1969, asunto 14/68, caso *Walt Wilhelm*.

STJCE de 26 de junio de 1979, asunto 177/78, caso *Pigs and Bacon*.

STJCE de 10 de julio de 1980, asunto, 253/78, caso *Guerlain*.

STJCE de 29 de octubre de 1980, asunto 139/79, caso *Maizena GmbH*.

STJCE de 17 junio 1992, asunto C-26/91, caso *Handte*.

STJCE de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, caso *Masterfoods*.

STJCE de 20 septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso *Courage*.

STJCE de 20 enero 2005, asunto C-27/02, caso *Engler*.

STJCE de 13 de julio de 2006, asuntos C-295/04 y C- 298/04, caso *Manfredi*.

STJUE de 7 diciembre 2010, asunto C-439/08 caso *Vebic*.

STJUE de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09, caso *Pfleiderer*.

STJUE de 1 diciembre 2011, asunto C-145/10, caso *Painer*.

STJUE de 25 octubre 2012 asunto C-133/11, caso *Folien Fisher*.

STJUE de 6 noviembre de 2012, asunto C-199/11, caso *Otis* y otros.

STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-419/11, caso *Ceská sporitelna*.

STJUE de 11 abril de 2013, asunto C-645/11, caso *Sapir*.

STJUE de 6 de junio de 2013, asunto C-536/11, caso *Donau Chemie AG*.

STJUE de 18 de junio de 2013, asunto C-681/11, caso *Schenker*.

STJUE de 18 julio 2013, asunto C-147/12, caso *Ofab*.

STJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-184/12, caso *Unamar*.

STJUE de 17 octubre 2013, asunto C-519/12, caso *OYP Bank*.

STGUE, de 27 de febrero de 2014, en los asuntos T-91/11 *InnoLux* y T-128/11 *Display*.

STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-548/12, caso *Brogstetter*.

STJUE 23 octubre 2014, asunto C-302/13, caso *Lithuanian Airlines*.

STJUE 28 enero 2015, asunto C-375/13, caso *Harald Kolassa*.

STJUE de 19 de marzo de 2015, asunto C-286/13, caso *Dole*.

STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, caso *Cartel Damage Claims*.

STJUE de 24 de junio de 2015, asuntos C-293/13 P y C-294/13 P, caso *Fresh del Monte*.

STJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14, caso *Treuhand II*.

STJUE de 21 enero 2016, asunto C-359/14 y C-475/14, caso *Ergo Insurance*.

STJUE de 21 abril de 2016, asunto C-572/14, caso *Austro-Mechana*.

STGUE de 28 de junio de 2016, asunto T-216/13, caso *Telefónica*

STJUE de 28 julio de 2016 asunto C-191/15, caso *Verein y Amazon*.

STJUE de 18 de octubre de 2016, asunto C-135/15, caso *Nikiforidis*.

STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos C 154/15, C 307/15 y C 308/15, cláusulas suelo.

2. Jurisprudencia española

STC 208/1999, de 11 de noviembre de 1999, BOE 16.12. 1999, núm. 300

STC 61/2000, de 13 de marzo de 2000, BOE 14.04.2000, núm. 90.

STC 45/2001, de 15 febrero de 2001, BOE núm. 65, de 16.03.2001, núm. 65.

STC 95/2001, de 5 de abril de 2001, BOE 1.05.2001, núm. 104.

STS 540/2000, de 2.06.2000, sala de lo Civil.

STS 5906/2011, de 29.09.2011, sala de lo Civil.

STS 528/2013, de 4.09.2013, sala de lo Civil.

STS 651/2013, de 7.11.2013, sala de lo Civil.

STS 5819/2013, de 23.11.2013, sala de lo Civil.

STS 564/2015, de 21.10.2015, sala de lo Civil.

SAN de 13 de septiembre de 2002, cártel del azúcar.

SAN de 22 de julio de 2005, cártel del aceite de oliva.

III. DOCTRINA

MONOGRAFÍAS Y LIBROS

ABARCA JUNCO, A.P., GÓMEZ JENE, M., GUZMÁN ZAPATER, M., HERRANZ BALLESTEROS, M., MIRALLES SANGRO, P.P., PÉREZ VERA, E. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *Derecho Internacional Privado*, UNED 2ª edición, Madrid, 2016.

BANCO MUNDIAL, *Agricultura para el desarrollo, Informe sobre el Desarrollo Mundial 2008*, Ediciones Mayol, Washington, 2008.

BELINTXÓN MARTÍN, U., *Derecho europeo, normativa convencional imperativa y autorregulación en el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera*, Tesis doctoral, Universidad UPV/EHU, San Sebastián, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil* 16ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2015.

BORRAS, A. y GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007)*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I. Parte General, La Competencia, Colex, Madrid, 2009

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, volumen II, 16ª edición, Comares, Granada, 2016.

CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, De conflictu Legym nº 12, Estudios de Derecho internacional privado, Universidad Santiago de Compostela, Servicio de publicaciones, 2009.

CASTELLANOS RUIZ, E., *El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009.

COMISIÓN EUROPEA, *La Política Agrícola Común, la historia continúa, 50 años de Política Agrícola Común, Preparados para el futuro, una Asociación entre Europa y los agricultores*, Luxemburgo, 2012.

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

FAO, *El estado mundial de la agricultura y la alimentación*, Cambio climático, agricultura y seguridad alimentaria, Roma, 2016.

FAO, *Ley Marco Derecho a la Alimentación, seguridad y soberanía alimentaria*, Panamá, 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Internacional Privado* textos y materiales, 4ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2015.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 9ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2016.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2016.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, Volumen 287, Cours Général, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 2002.

GONZÁLEZ, ENRIQUE, *La Unión Europea y la crisis alimentaria. Impactos de la PAC en el derecho a una alimentación adecuada*. Observatorio DESC, Barcelona, 2011.

GREVI, G., KEOHANE, D., LEE, B., LEWIS, P., *Empowering Europe's Future: Governance, Power and Options for the EU in a Changing World*, ESPAS Ed., 2013.

GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 1992.

HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice*, Second edition, West Group, Minnesota, 2011.

JULIÁ, J. F., MELIÁ MARTÍ, E., GARCÍA MARTÍNEZ, G. y GALLEGOS SEVILLA, L. P., *Los factores de competitividad de las cooperativas líderes en el sector agroalimentario europeo*, Colección Economía nº 45, Fundación Cajamar, Almería, 2010.

LA VÍA CAMPESINA, *Las luchas del campesinado en el mundo*, Enhe, 2009.

LAMO DE ESPINOSA, P., *La defensa de la competencia en la legislación de la Unión Europea y en España y su aplicación en el sector agroalimentario*, Serie Estudios, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2009.

MAGRAMA, *Informe sobre la aplicación de regulaciones de las prácticas comerciales en la cadena alimentaria en los países de la UE*, elaborado por el Centro de Investigación en Economía y Desarrollo Agroalimentario, Madrid, 2016.

MATER ET MAGISTRA *Carta Encíclica de su santidad JUAN XXIII*, la Santa Sede, Roma, 1961.

ORTIZ BAQUERO I.S., *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de la libre competencia*, La Ley, 2011.

OXFAM INTERNACIONAL, *Ordeñando la PAC*, Informe nº 34, Washington DC, 2002.

PARLAMENTO EUROPEO, *Comparative Analysis of risk management tools supported by the 2014 farm bill and the cap 2014-2020*, Agriculture and Rural Development Study, 2014.

PÉREZ-LLORCA, BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F.F., LORENZO GUILLÉN, M.L., MONTERO MURIEL, F.J., (coords.), *Comentario al Reglamento nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Reglamento Bruselas I refundido*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

PRIETO ÁLVAREZ, T., *Ayudas agrícolas nacionales en el Derecho comunitario*, Tesis doctoral, Universidad de Burgos, Burgos, 1997.

RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.), CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A. e YBARRA BORES, A., *Manual de Derecho Internacional Privado*, tercera edición, Tecnos, Madrid, 2016.

SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil* vol. I, 37ª edición, Aranzadi, 2015.

SUDEROW, J., *El Derecho Internacional privado en la aplicación privada del Derecho de la competencia: competencia judicial internacional y derecho aplicable a las acciones civiles derivadas de ilícitos antitrust*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2015.

TATO PLAZA, A. y GARCÍA CACHAFEIRO, F., *Derecho de la Competencia y sector agrario*, Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia y Universidad de Vigo, 2006.

VELEIRO REBOREDO, B., *Mercado y Competencia*, El Derecho Editores, Madrid, 2009.

VETERINARIOS SIN FRONTERAS- JUSTICIA ALIMENTARIA GLOBAL, *Estudio sobre las causas y los efectos sociales y ambientales de la desaparición de las explotaciones familiares de vacuno de leche*, Casos de las provincias de Cádiz y Málaga en España y la provincia de Azua en la República Dominicana, 2014.

VIVERO, J.L. y ERAZO, X., *Derecho a la alimentación, políticas públicas e instituciones contra el hambre*, FAO, Iniciativa América Latina y Caribe sin Hambre, Ediciones LOM, Santiago de Chile, 2009.

CAPÍTULOS EN REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS

AGÜERO MONEDERO, J.L., “Las medidas de mercado en la nueva PAC 2015-2020”, *Ambienta* nº 112, 2015, pp. 28-38.

ALCAIDE GUINDO, C., “La evolución de la Política de Defensa de la competencia”, *ICE*, 75 años de Política Económica española, nº 826, 2005, pp. 245-258.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia", *InDret*, nº 3, 2009.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “30 años de España en Europa: una visión desde Euskadi”, *Diario La Ley* nº 8789, 2016.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Los costes de la no Europa: realizaciones concretas y retos presentes del proyecto europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto* nº 37, 2007, pp. 23-48.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J. y ABALIA MARIJUÁN, A., “Europa ante el reto de la ampliación interna”, *Revista de pensamiento e historia* nº 46, 2014, pp. 16-25.

ANDRÉ, F., “Los biocombustibles. El Estado de la cuestión”, Working Paper 11/2009, *Instituto Complutense de Estudios Internacionales*, Madrid, 2009, pp. 1-27.

APARICIO ARROYO, A., “Acciones colectivas en el ámbito del Derecho de la Competencia comunitario”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 846, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 8.

ARAUJO, M. y FERRER, E., “La Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Una visión desde el derecho de la competencia”, *La Ley*, número 35, septiembre octubre 2013, pp. 16-21.

ARENAS CARGÍA, R., “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 393-415.

ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, A., “La aplicación de las normas de competencia comunitarias a la agricultura”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario* año nº 2, nº 3-4, 1986, pp. 13-25.

ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., “Venta a pérdida y venta piramidal”, en *Tratado de Derecho de Competencia y de la Publicidad*, tomo II GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1623-1644.

AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, *Los precios del sector lácteo en Cataluña, ¿Existen riesgos para la competencia?*, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2013, pp. 1-33.

BALLARÍN MARCIAL, A., El Derecho comunitario regulador de los precios y de las producciones agrarias, Antecedentes, principios generales y orientaciones actuales, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año nº 5, nº 13, 1989, pp. 32-34.

BAVARESCO, A., “La crisis del estado nación y la teoría de la soberanía en Hegel”, *Revista de pensamiento y análisis* 1/2003, Castellón, 2003, pp. 55-80.

BELINTXÓN MARTÍN, U., “Derecho europeo, derecho del transporte y derecho de la competencia: algunas cuestiones de transporte y competencia relativas a los observatorios de costes de carácter público”, *Revista Vasca Administración Pública*, nº 103, septiembre-diciembre 2015, pp. 55-95.

BERASATEGI TORICES, J., “Las autoridades autonómicas de defensa de la competencia ¿quo vadis?”, en *La Ley 15/2007, de Defensa de la competencia. Balance de su aplicación*, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* nº 4, coord. BACHES OPI, S., La Ley, Madrid, 2010, pp. 105-124.

BONETE PERALES, R., “La Política Agrícola Común y la ampliación de la UE”, *Cuadernos de Economía* nº 73, vol. 27, 2004, pp. 75-97.

BOZAL ANDRÉS, A., *Influencia de la polinización en el cuajado del peral conferencia en plantaciones del valle del Ebro*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2014, pp. 1- 52.

BROKELMANN, H., “La Directiva de daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo* nº 37, 2015, pp. 1-24.

CALVO CARAVACA, A.L. y CANEDO ARRILLAGA, M.P., *Comentarios al Libro Blanco de la Comisión sobre modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE en relación con el principio non bis in idem*, Colex, Madrid, 2000, pp. 407-428.

CALVO CARAVACA, A.L. y SUDEROW, J., “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* vol. 7, nº 2, 2015, pp. 114-157.

CANEDO ARRILLAGA, M. P., “Derecho de la Competencia, Administración y Descentralización”, *Nuevas Políticas Públicas, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas* nº 9, Junta de Andalucía, 2014, pp. 147-160.

CANEDO ARRILLAGA, M.P., “El Reglamento 1/2003 del Consejo sobre procedimiento en materia de Derecho de la competencia y sus implicaciones en el

ordenamiento jurídico interno”, *Ekonomiaz Revista Vasca de Economía* nº 61, 1 cuatrimestre, 2006, pp. 82-107.

CAPPELLINI, O. y LINARI, J.J., “Mercado mundial de lácteos”, *Fundación para la Promoción y el Desarrollo de la Cadena Láctea Argentina*, Anuario diciembre 2013, Buenos Aires, 2013, pp. 61-74.

CARRASCOSA GONZALEZ, J., “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, Nº 7847, 2012.

CASADO PÉREZ, V., GINES I FABRELLAS, A., GÓMEZ GONZÁLEZ, P. y SAIZ JIMÉNEZ, A., P., “Cuotas y tasa suplementaria en el sector lácteo en Cataluña”, *Indret* 1/2009, Barcelona, 2009, pp. 1-35.

CASASNOVAS OLIVA, V.L., “De las cuotas lácteas a las cuotas de mercado”, *Revista Frisona Española*, nº 184, Madrid, 2011, pp. 110-113.

CEBOLLA, M.A., “Las organizaciones interprofesionales agroalimentarias en la Unión Europea y en España”, *Distribución y Consumo*, mayo-junio 2010, pp. 54-64.

CEBRIÁN SALVAT, M.A., “Agencia comercial, leyes de policía y Derecho Internacional Privado Europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1, 2014, pp. 357-366.

CEBRIÁN SALVAT, M. A., “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 315-329.

CEJUDO GARCÍA, E. y MAROTO MARTOS, J.C., “La reforma de la PAC 2003: desacoplamiento, condicionalidad, modulación, desarrollo rural”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. XIV, nº 318, Barcelona, 2010.

CELMA ALONSO, P., “La seguridad alimentaria y el comercio de productos agrícolas de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 26, 2014, pp. 191-224.

COLOM GORGUES, A. y SÁEZ OLIVITO, E., “El cooperativismo: una fórmula para superar la crisis. Estrategias cooperativas agroalimentarias para el siglo XXI en Europa y España”, *Revista de Desarrollo Rural y Cooperativismo Agrario*, 2011- 2012, pp. 59-116.

COMPÉS LÓPEZ, R., “La PAC 2014-2020, las cadenas alimentarias y la organización de los productores”, *Serie Economía* nº 22, Cajamar Caja Rural, 2014, pp. 237-266.

CONDE GALLEGO, B., “Dimensión internacional del Derecho de la libre competencia”, en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo I, GARCÍA CRUCES, J. A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 963-1002.

COROMINAS BACH, S., “Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)”, *Revista General de Derecho Europeo* nº 34, 2014, pp. 1-30.

CRESPO, D. y LIÑÁN, P., *Todo lo que usted debe saber sobre la Ley de la Cadena Alimentaria*, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Madrid, 2014, pp. 1-11.

DAIRY AUSTRALIA & GARDINER FOUNDATION, *Horizon 2020, Future Scenarios for the Australian Dairy Industry*, Highlights from the report of the Working Group, Melbourne, 2012, pp. 1-14.

DE ANTONIO, F., *Sistema de gestión de cuotas lácteas, última campaña 2014-2015*, Cooperativas Agroalimentarias de España, Madrid, 2015, pp. 44-46.

DE GUINDOS TALAVERA, B., *Competencia y sector agroalimentario*, Anuario de la Competencia 2013, Fundación ICO, Madrid, 2013, pp. 231-248.

DÍEZ ESTELLA, F., “La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el derecho de defensa de la competencia?”, *Revista Unión Europea*, Aranzadi nº 7, 2014, pp. 41-68.

FANJUL SUÁREZ, G., *La inaplazable reforma de la Política Agraria Común*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2002.

FAO, *La agricultura mundial en la perspectiva del año 2050*, Como alimentar al mundo 2050, Foro de expertos de alto nivel, Roma, 2009, pp. 1-4.

FEHLING, M., “La reacción de los Estados europeos frente a la crisis y el Derecho europeo de ayudas públicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 14 en Estado y mercado en situación de crisis / coord. por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. y VELASCO CABALLERO, F., 2010, pp. 41 a 64.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Estructura institucional universal del derecho del comercio internacional*, en el Programa Modular en Derecho del Comercio Internacional, UNED, pp. 1-66.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Fundamentos económicos y jurídicos del comercio internacional*, en el Programa Modular en Derecho del Comercio Internacional, UNED, pp. 1-30.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Principios y normas de un sistema de comercio globalizado*, en el Programa Modular en Derecho del Comercio Internacional, UNED, pp. 1-81.

FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “La Política Agrícola Común: Origen, Desarrollo y Perspectivas”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº 26, Madrid, 2014, pp. 17-40.

FERNÁNDEZ VICIÉN, C. y MORENO-TAPIA, I., "Un paso adelante en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: el asunto Courage", *InDret* 01/2002, Barcelona, 2002, pp. 1-11.

FERRANDO, A., "La Ronda Doha de la OMC: Bali 2013. El acuerdo sobre facilitación del comercio", *Instituto de Empresa Internacional*, 2014, Buenos Aires, pp. 1-34.

FERRERES COMELLA, A., *Las acciones de clase (class actions) en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Actualidad Jurídica Uría y Menéndez nº 11, 2005, pp. 38-48.

GANUZA, J. y CALVERAS, A., "Ante la crisis económica, apostar por la competencia, La crisis de la economía española: lecciones y propuestas", *Sociedad Abierta*, 2010, pp. 132-139.

GARCÍA ÁLVAREZ COQUE, J.M., CASTELLANO, E. y SANCHO, M., "Los efectos distributivos de la PAC y la cohesión. Un punto de vista mediterráneo", *Revista Asturiana de Economía* nº 14, 1999, pp. 1-21.

GARCÍA AZCÁRATE, T., "Algunos apuntes sobre la relación entre las políticas europeas agraria y de competencia en el marco de las discusiones sobre la PAC post 2013", *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, nº 232, Madrid, 2012, pp. 69-99.

GARCÍA AZCÁRATE, T., "La estrategia 2020 y la Asociación Europea de Innovación (AEI) de la agricultura productiva y sostenible: algunas ideas y reflexiones desde Bruselas", en *Reflexiones en torno a la PAC*, coord. BARDAJÍ, I., *Serie Economía* 22, Cajamar Caja Rural, 2014, pp. 267-279.

GARCÍA CACHAFEIRO, F., "Fundamentos del derecho de la libre competencia", *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español* (coord. por BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.), Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 37-64.

GARCÍA GRANDE, M.J. y LÓPEZ MORALES, J.M., "Contribución de la agroalimentación española al comercio mundial: evolución y factores explicativos", *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros* nº 243, 2016, pp. 15-44.

GARCÍA HIDALGO, J.L. y PALMA MARTOS, L., "Los nuevos desafíos de la política de competencia en la Unión Europea ante la recuperación económica y la Estrategia Europa 2020", *Boletín Económico de ICE* nº 3058, 2014, pp. 37-48.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, núm. 6957, 30 mayo 2008, pp. 1-33.

GÓMEZ MARTÍNEZ, L. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "El mercado de la leche y los operadores económicos en él intervinientes: cuestiones de derecho de la

competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial La Ley, nº 4, 2009, p. 1-14.

GRUPO DE BRUJAS, “¿Qué Agricultura queremos para Europa?”, *Agricultura y Sociedad* nº 79, 1996, pp. 229-236.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “La compleja interacción entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional en la aplicación pública del Derecho de la competencia: a propósito de los programas de clemencia”, *Revista Española de Derecho Europeo Número* nº 59, 2016, pp. 105-132.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “La descentralización del Derecho de la competencia en España” en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 751-888.

GUILLEM CARRAU, J., “El impacto de la PAC post 2013 en el estado autonómico: renacionalización vs regionalización”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 26, Madrid, 2014, pp. 225-256.

GUILLEM CARRAU, J., “La Política Agrícola Común y el Derecho de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 26, Madrid, 2014, pp. 135-166.

HENSON, S. y CRANFIELD, J., “Planteamiento de un caso político para las agroindustrias y agronegocios en los países en desarrollo” en *Agroindustrias para el Desarrollo*, capítulo II, FAO, Roma, 2013, pp. 11-51.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., “El futuro de la aplicación descentralizada de la defensa de la competencia”, *Estudios de Deusto* Vol. 63/1, Enero-Junio 2015, pp. 85-104.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E., *Marco institucional y proceso político en la UE: Equilibrio institucional en un sistema de gobernanza multinivel*, Historia Instituciones europeas y sistema de gobernanza UE, 2011, pp. 1-16, <http://www.contraclave.es/>

HERRERO SUÁREZ, C., “La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de Transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* vol. 8, nº 1, marzo 2016, pp. 150-183.

HERRERO SUÁREZ, C., "El resarcimiento de daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia", *La aplicación judicial del Derecho de la Competencia*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 39, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012.

IGLESIAS CASTELLARNAU, I. y CASALS PELEGRI, E., “Evolución de la producción de pera en España y análisis del mercado”, *Vía Rural* nº 15, 2013, pp. 36-43.

JULIÁ, J.F., MELIÁ, E. y GARCÍA, G., “Modelos y casos de éxito del cooperativismo agroalimentario en la Unión Europea”, *Revista Mediterráneo Económico* nº 24, 2013, pp. 139- 154.

KNIPS, V., “Los países en desarrollo y el sector lechero mundial, Parte I: Panorama mundial”, Departamento de Desarrollo Económico, FAO, Roma, 2005.

KOSIŃSKI, E., “Rules on competition in the EU Agriculture sector. Latest developments in the light of the cap reform 2014-2020”, *Revista de Estudios Jurídicos* nº 15, Jaén, 2015, pp. 1-15.

LAMO DE ESPINOSA, J., “La crisis económica global y la crisis agraria española”, en *El futuro de la economía española*, *Revista Mediterráneo Económico* nº 16, Almería, 2009, pp. 47-83.

LAMO DE ESPINOSA, P., “Las organizaciones interprofesionales agrarias y su futuro”, *Noticias de la Unión Europea* nº 309, 2010, pp. 85-92.

LANDE, R. H., "Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de la Competencia", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 9, La Ley, 2011, pp. 15-32.

LILLO ALVAREZ, C., “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* nº 15, Sección Estudios, Editorial La Ley, Madrid, 2014.

LÓPEZ VALLÉS, J. y SILOS RIBAS, M., “Promoción de la Competencia y Distribución Alimentaria: el Informe de la CNC sobre la relación entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario”, *Anuario de la Competencia*, nº 1, 2011-2012.

MANGAS MARTÍN, A., *La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado autonómico, Pamplona, 2008, pp. 6-11.

MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción”, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad de San Pablo CEU, Documento de Trabajo, *Serie Política de la Competencia*, nº 31, 2012, Madrid, pp. 5-36.

MARCOS FERNÁNDEZ, F., “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *ICE 50 aniversario de la primera ley de competencia en España* nº 876, 2014, pp. 91-104.

MARTÍ MOYA, V., "Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso *Pfleiderer* (C-360/09)", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 10, La Ley, 2012, pp. 229-238.

MARTIN ARESTI, P., “Las relaciones entre el Derecho de la Competencia de la Unión Europea (arts. 101 y 102 del TFUE) y el Derecho interno español en materia de libre competencia”, en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 21-60.

MARTÍN VALDIVIA, S., “Recensión de la tesis doctoral de LAMO DE ESPINOSA, P., La defensa de la competencia en la legislación de la Unión Europea y en España y su aplicación en el sector agroalimentario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, Madrid, septiembre-diciembre 2010, pp. 405-408.

MASSOT MARTI, A., “La Política Agrícola Común y la ampliación hacia el Este”, *Boletín Económico de ICE* nº 2731, 2002, pp. 25-36.

MEDINA REY, J.M., “Agrocombustibles y seguridad alimentaria”, *Cuadernos de Estrategia* nº 161, 2013, pp. 219- 251.

MENDOZA, S., “Costes de cultivo en pera conferencia”, *Cuaderno de campo* nº 40, Sección de Estadística, 2015; *Estadística Agraria Regional 2013*, Consejería de Agricultura, Ganadería y Medioambiente del Gobierno de La Rioja, Logroño, 2016, pp. 40-45.

MONTESINOS GARCÍA, A., «Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR», *RedUR* nº 12, diciembre 2014, pp. 87-112.

MOYA LATORRE, A. y GUILLÉN FERRER, M.J., *Impacto del nuevo proyecto de ley para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria*, Cuatrecasas Goncalves Pereira, Barcelona, 2013, pp. 663-676.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., “Nuevas perspectivas en la calificación como contractual o extracontractual de las acciones de responsabilidad en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. II, 2016, pp. 437- 475.

OCHOA LINZOAIN, L., *Influencia de la polinización en el rendimiento de la variedad de peral Conferencia en plantaciones ubicadas en el Valle Alto del Ebro*, Universidad Pública de Navarra, junio 2013, pp. 1-49.

PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *¿Aplicación pública o aplicación privada del Derecho de la Competencia?*, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Documento de trabajo 2011/11, Cuenca, 2011, pp. 1-22, <http://www.uclm.es>

PÉREZ FERNÁNDEZ, P., "La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust", *InDret*, nº 1, 2013, pp. 1-23.

PUXEU ROCAMORA, J., “El nuevo sistema agroalimentario en una crisis global, la Política Agraria común y los márgenes de las políticas nacionales”, *Mediterráneo Económico* nº 15, 2009, pp. 383- 401.

REDONDO CARDEÑA, P., *¿En qué consisten las cuotas lácteas?*, INEA Escuela Universitaria Ingeniería Técnica Agrícola, Valladolid, 2001, www.inea.uva.es.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro derecho interno”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 1110-1126.

SALVADOR CODECH, P., “Punitive Damages”, *Indret* 013, Barcelona, 2000, pp. 1-17.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 39-74.

SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas antitrust", en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo I, GARCÍA CRUCES, J. A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 907-961.

SCHÜTZE, ROBERT, “Reforming the CAP: from vertical to horizontal harmonization”, *Yearbook of European Law* N° 28, 2009, pp. 337-361.

SIGNES DE MESA, J.I., *Fundamentos del Derecho y de la política de competencia*, capítulo I en (SIGNES DE MESA, J.I., FERNÁNDEZ TORRES, I., FUENTES NAHARRO, M., *Derecho de la Competencia, Tratados y Manuales*), Civitas, Pamplona, 2013, pp. 29- 53.

SOLDEVILA FRAGOSO, S., “Responsabilidad de la Administración Pública por favorecer la distorsión de la libre competencia”, *Revista de Jurisprudencia* n° 1, enero de 2017.

SOLER MONTIEL, S., SOLER MONTIEL, M., “OMC, PAC y globalización agroalimentaria”, *Viento Sur* n° 94, 2007, pp. 37-45.

SORIN STEFAN, D., “Europeanization of Foreign Policy: Empirical Findings from Hungary, Romania and Slovakia”, *Journal of Contemporary European Research*, N°3, 2009, pp. 389-404.

STEINBERG, F., “El fracaso de la cumbre de Cancún y el futuro del multilateralismo comercial”, *Real Instituto Elcano*, Área de Economía Internacional, ARI n° 107/2003, 2003, pp. 1-6.

STEINBERG, F., “La crisis financiera mundial: causas y respuesta política”, *Real Instituto Elcano*, Área de Economía Internacional, ARI n° 126/2008, 2008, pp. 1-8.

SUDEROW, J., "El acceso a las pruebas en expedientes de la Comisión Europea y los límites establecidos por su programa de clemencia", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 535-550.

TORANZO, J., “Producción mundial de manzanas y peras”, *Colección Divulgación*, INTA Ediciones, Río Negro, Argentina, 2014, pp. 1-40.

TORRALBA MENDIOLA, E., *Sobre la posibilidad de pactar la aplicación de un Derecho extranjero con unos plazos de pago distintos de los de la Ley Antimorosidad*, Análisis GA&P, Gómez Acebo & Pombo, Madrid, 2014, pp. 1-4.

ULIED, A., “La Reforma de la Política Agrícola de la Unión Europea: el chequeo médico de la PAC”, *Informe Económico ESADE* nº 8, 2008, pp. 112-131.

VAN BEKKUM, O., “Las 100 principales cooperativas agroalimentarias del mundo” en El papel del cooperativismo agroalimentario en la economía mundial, *Mediterráneo Económico* vol. 24, 2013, pp. 33-40.

VAQUERO LÓPEZ, C., "Sobre la posibilidad de reconocimiento en España de *daños punitivos* como consecuencia de la infracción del Derecho comunitario de la Competencia", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 683-691.

VELASCO SAN PEDRO, L. A.; HERRERO SUÁREZ, C., "La *passing-on defence*, ¿un falso dilema?", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 593- 604.

VILLEGAS BECERRIL, A., “Alimentación de las élites romanas”, *Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, nº 10, 2003, pp. 11-17.

WEILER H. H., HALTERN U., MAYER F. C., “European democracy and its critique”, *West European Politics*, Volume 18, Issue 3, Florence, 1995, pp. 4-39.

YANES YANES, P., “Confidencialidad y clemencia en la Directiva de daños: una aproximación”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, (dirs. MORILLAS JARILLO, M.J., PERALES VISCASILLAS, M.P., PORFIRIO CARPIO, L.J.), 2015, pp. 1140-1162.

CONFERENCIAS Y CONGRESOS

BARDAJI, I., GARRIDO, A., SUMPSI, J.M., GARCÍA AZCÁRATE, T., BLANCO, I., FELIX, A., ENJOLRAIS, G., CAPITANO, F., “Desarrollo y aplicación de políticas de gestión de riesgos en los Estados Miembros de la UE”, Investigación para el Comité de Agricultura, Parlamento Europeo, en Jornada sobre *El Sistema de Seguros Agrarios en el Horizonte 2025* ENESA, Madrid, 1 de Marzo 2016, pp. 1-18.

GARCÍA AZCÁRATE, T., “Cadenas de valor en un mercado global” en Jornadas del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio ambiente, Editorial Agrícola, Madrid, 14.12.2015.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del Derecho de la competencia” en Competencia y acciones de

indemnización, en *Congreso Internacional sobre Daños derivados de ilícitos anticoncurrenciales*/ coord. por FONT RIBAS, A., GÓMEZ TRINIDAD, S., Madrid, 2013, pp. 243-262.

MORATA, F., *La Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, 2002, pp. 1-14.

MÚGICA, R., Ponencia *Defensa letrada de organismos independientes* en las IX Jornadas de Defensa de la Competencia, 21 octubre 2016, Bilbao.

PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *Aplicación pública o aplicación privada del Derecho de la competencia*, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, UCLM Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2011, pp. 1-22.

VIVES GUTIERREZ, ALICIA, *Historia de la PAC: 50 años de adaptación y flexibilidad*, Jornada divulgativa: 50 años de la PAC en nuestros alimentos, Grupo Europa Agraria Comunicación, 2012, Pamplona, pp. 1-37.

BLOGS Y WEBS RELEVANTES

ALFARO, J., *El Supremo sobre las acciones indemnizatorias de daños causados por cárteles*, Blog de Derecho mercantil, 12.01.2014, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/01/el-supremo-sobre-las-acciones.html>

DE MIGUEL ASENSIO, P., *Acciones de indemnización frente a cárteles: precisiones en materia de competencia judicial internacional*, 25 de agosto de 2015, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/08/acciones-de-indemnizacion-frente.html>

DE MIGUEL ASENSIO, P., *La sentencia Nikiforidis y la toma en consideración de normas imperativas extranjeras en los contratos internacionales: un ejemplo de la práctica española*, Blog, fecha publicación 19.10.2016, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/10/la-sentencia-nikiforidis-y-la-toma-en.html>, visitado el 03.01.2017.

ERDOZAIN LÓPEZ, J.C., “Comentario Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)”, *El Derecho Editores*, 08.04.2014, www.elderecho.com http://www.elderecho.com/tribuna/civil/sentencia_el_derecho_editores_11_733930003.html

FANJUL SUÁREZ, GONZALO, *La inaplazable reforma de la Política Agraria Común*, Real Instituto Elcano, 2002, <http://realinstitutoelcano.org>

MATTHEWS, A., *Cuestiones de competencia en el Reglamento único para las OCM*, 26.03.2014, Blog de CARRILLO VICO, M.A., <http://reformadelapac.blogspot.com.es/2014/04/cuestiones-de-competencia-en-el.html>

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España*, www.elderecho.com, 1.05.2015, http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/Directiva-derecho-competencia-transposicion-Espana_11_851680006.html#.WIHJAtsGKOc.email, visitada el 15.01.2017.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *A favor de las autoridades autonómicas de competencia: la Resolución de 4 de febrero de 2016 del Consejo Vasco (expediente 6/2013, Comedores Escolares)*, <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/02/a-favor-de-las-autoridades-autonomicas.html>

SÁNCHEZ CALERO, J., *Acciones colectivas y acumulación de sanciones*, diciembre 2015, <http://jsanchezcalero.com/acciones-colectivas-y-acumulacion-de-acciones/>

VEGA GARCÍA, F., *Interpretación restrictiva de los requisitos para Clemencia*, sentencia del Tribunal General del 27 de febrero de 2014, Blog [http://derechoycompetencia.blogspot.com.es/search/label/Clemencia%20\(Leniency\)](http://derechoycompetencia.blogspot.com.es/search/label/Clemencia%20(Leniency))

IV. INFORMES Y DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

I. Europeo

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo sobre *Evolución y futuro de la PAC*, documento de reflexión, COM (91) 100 final Bruselas, 1 de febrero de 1991.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación sobre las *directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*, 27 abril de 2004.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación sobre la *cooperación en la Red de Autoridades de Competencia*, 27 abril de 2004.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a la *dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*, 2006/C 298/11, 8 diciembre de 2006.

COMISIÓN EUROPEA, *How EU competition policy helps dairy farmers in Europe*, DGCompetencia, 16 febrero 2010.

COMISIÓN EUROPEA, *The interface between EU competition policy and the CAP: Competition rules applicable to cooperation agreements between farmers and the dairy sector*, Bruselas, 2010.

PARLAMENTO EUROPEO, *El reconocimiento de la agricultura como sector estratégico en el contexto de la seguridad alimentaria*, ponente SARBU, D.O., Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural, 2010/2112 (INI), 16 diciembre 2010.

PARLAMENTO EUROPEO, *La UE como actor global: El reforzamiento de su papel en las organizaciones multilaterales*, Dirección General de Políticas Exteriores, 2011.

PARLAMENTO EUROPEO, *Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo*, de 2 de febrero de 2012.

COMISIÓN EUROPEA, *La Política Agrícola Común, una asociación entre Europa y los agricultores*, Luxemburgo, 2012.

EUROPEAN COMPETITION NETWORK, *Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European Competition Authorities in the food sector 2012*.

AUTORIDAD NACIONAL COMPETENCIA, *The Reform of the Common Agricultural Policy*, Resolution of the Heads of the European Competition Authorities, 21 diciembre 2012.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación *Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo*, Estrasburgo, COM (2013) 401 final, 11 junio 2013.

PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la contribución de las cooperativas a la salida de la crisis*, ponente TOIA, P., Bruselas, 12 junio 2013.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación para hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas*, COM/2014/0472 final, Estrasburgo, 15 de julio 2014.

PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre las perspectivas para el sector lácteo en la UE, revisión de la aplicación del Paquete lácteo*, ponente NICHOLSON, J., Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural, Bruselas, 12 junio 2015.

COMISIÓN EUROPEA, *Informe anual sobre el comercio agroalimentario en 2015: La UE, primer exportador mundial*, Bruselas, 2016.

II. Español

CNMC, *Informe sobre Competencia y sector agroalimentario*, Madrid, 2010.

CNMC, *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*, Madrid, 2011.

IPN 84/12 *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas para Mejorar el funcionamiento de la Cadena Alimentaria*, Madrid, 2012.

CNC, *Comunicación sobre el programa de clemencia*, Madrid, 2013.

CNMC, IPN/DP/0009/14 Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el *Reglamento de la Ley 12/2013, de 2 agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria*, Madrid, julio 2014.

CNMC, *Informe sobre aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA año 2014*, Madrid, 2014.

CNMC, *Plan de actuación 2015 de la CNMC*.

CNMC, *Plan de actuación 2016 de la CNMC*.