

Ponencia:

“El derecho de la competencia y el sector agroalimentario”

JORNADA

“Los límites de la política de la competencia en la comercialización hortofrutícola en común ”

Dr. Javier Viciana Pastor

Profesor de Derecho mercantil

Grupo de Investigación “GARUM”

Socio Director de ZERTIUM

- El mercado agroalimentario está caracterizado por una fuerte atomización de la oferta y una importante concentración de la demanda, con demandantes con poder de mercado.
 - Diferencias entre subsectores.
 - Volatilidad de la producción por condiciones climáticas;
 - Fluctuaciones de la demanda de comoditis agrícolas;
 - Atomización de la producción;
 - Tamaño de los suministradores de productos (fertilizantes);
 - Concentración del lado de la demanda de productos agrícolas.
- Ello puede facilitar una posible concertación de la demanda que empuje hacia abajo los precios de la oferta atomizada
 - Asimetría en el poder de la negociación causa de Prácticas Comerciales Desleales (referencia a proyecto de Directiva: *Las PCD pueden afectar a los beneficios y márgenes de los agentes, lo que puede dar lugar a un reparto ineficiente de los recursos y eliminar del mercado a empresas que de otro modo habrían sido viables.*)
- Y, tal vez, de Actos de competencia desleal. LCD en relación con la L 12/2013,

Introducción

- Problema: desplome de precios agrícolas.
 - (Informe PE 2010) Desde 1996 los precios de los alimentos han aumentado un 3,3% al año mientras que los precios que reciben los agricultores sólo se han incrementado un 2,1 %, al mismo tiempo que los gastos de explotación han crecido un 3,6 % (Informe PE 2010).
- Abandono de tierras en la Comunidad Valenciana: 163.478 Ha./700.000 Ha. = 23,35 %

- Renta agraria Comunidad Valenciana:
 - 2017: < 3,37 %
 - Rama agraria: < 1,68 % aumento de la producción.
 - < 0,35 % en el precio.
 - > - 2,58 % cítricos.
 - > - 2,89 % no cítricos.
 - < 7,29 % flores
 - Niveles de 1990 (99,9 %)
- Es difícil comprender porque se ha tardado tanto.

- La libre iniciativa privada es fundamentalmente **libre competencia**, es decir, la decisión autónoma de qué producir, cuanto producir, cómo producir y para quién producir.
- El sistema constitucionalizado de *economía social de mercado* parte del presupuesto de que es la libre iniciativa privada, es decir, la libertad de empresa, la **mejor manera de alcanzar el bienestar de los ciudadanos**. Ello es así por dos razones fundamentales:
 - la primera, porque se fundamentan en ideologías que parten de la libertad y la **dignidad del ser humano** como presupuesto de la organización social (art. 10 de la C.E.; art. 2 del T.U.);
 - la segunda, porque desde un punto de vista económico es, además, la **manera más eficiente** de asignar los escasos recursos existentes

- El artículo 10 de la C.E.:
 - *1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*
- Por su parte, el artículo 9 de la C.E.:
 - *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*
- Reconocimiento constitucional de la libertad económica en el artículo 38 de la CE:
 - *Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

- La promoción de la libertad de empresa se hace a través de **dos bloques normativos**: la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal.
- Ambas normas son los principales instrumentos de la política de la competencia.
- Para ello, la política de la competencia:
 - Prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia no eficientes.
 - Prohíbe los abusos de posición dominante.
 - Controla las concentraciones económicas.
 - Controla las ayudas públicas.
 - Prohíbe los actos contrarios a la buena fe objetiva.
 - Prohíbe el abuso de dependencia económica
 - Prohíbe los actos contrarios a la buena fe objetiva que afecten al interés general

- La política de la competencia no es **la única política** del Estado. La política económica está dirigida a obtener el bienestar de los ciudadanos y debe fomentar la estructura de mercado que lo permita, fomentando la competitividad pero **no convirtiendo este principio en el fin**.
- Cuando los instrumentos de la política de la competencia **no sirven para conseguir el bienestar de los ciudadanos**, el Estado regula inaplicando las normas de defensa de la competencia y sustituyéndolas por una regulación “ad hoc”.
 - A este respecto el artículo 4 de la LDC dice:
 - *Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.*
 - Ejemplos:
 - Ayudas al sector bancario en la crisis económica 2008-2013.
 - Precio fijo de los libros
 - Ley 12/2013, de la cadena alimentaria.

- Sin embargo, este esquema no está tan claro en el ámbito de la Unión Europea:
 - El artículo 16 de la Carta Europea de los derechos fundamentales también reconoce la libertad de empresa:
 - “Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y las legislaciones y las prácticas nacionales”
 - Una de las cuatro competencias exclusivas de la Unión es la política de la competencia.
 - No existe con carácter general una cláusula que permita la derogación de las normas de la competencia cuando la política de la competencia no está alcanzando el bienestar de los ciudadanos.

- No obstante ello, la U.E. también tiene competencia compartida en materia agrícola y, en las normas de los Tratados que establecen el marco de esta política se dice:
 - *Artículo 39*
 - 1. Los objetivos de la política agrícola común serán:
 - a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra;
 - b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura;
 - c) estabilizar los mercados;
 - d) garantizar la seguridad de los abastecimientos;
 - e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables.
 - *Artículo 42*
 - Las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas **solo** en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 43, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39.
 - ...
- Apartado 37 de la sentencia TJUE 14 de noviembre de 2017 (*Endivias*)
 - para la consecución de los objetivos consistentes en instaurar una política agrícola común y establecer un sistema de competencia no falseada, el artículo 42 TFUE reconoce la **primacía de la política agrícola común con respecto a los objetivos del Tratado en el ámbito de la competencia** y la facultad del legislador de la Unión de decidir en qué medida las normas sobre la competencia deben aplicarse en el sector agrícola (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, C-280/93, EU:C:1994:367, apartado 61, y de 12 de diciembre de 2002, Francia/Comisión, C-456/00, EU:C:2002:753, apartado 33).

- Como mitigar esta situación:
 - Mediante la aplicación de los instrumentos de la política de la competencia:
 - Probando que existe una concertación a nivel de demanda. Muy difícil y es muy posible que no exista.
 - Concertando la oferta para que contrarreste el poder de mercado existente en las demandantes:
 - Concentración hasta un 30 % del mercado relevante. Ley 13/2013.
 - Realizando acuerdos horizontales de coordinación del comportamiento. Acuerdo restrictivo de la competencia. Mucho riesgo.
 - No es un acuerdo de menor importancia. El punto 11 de la Comunicación sobre *acuerdos de minimis* y el artículo 2 del RD261/2008 excluye de su ámbito de aplicación los acuerdos entre competidores de fijación de precios de venta de los productos a terceros.
 - No es un “restricción accesoria”.
 - ¿Podría ser un acuerdo exento? Podría, pero habría que realizar un estudio de por qué el acuerdo mejora la producción o la distribución, a fomentar el progreso técnico o económico
 - Excluyendo las normas de competencia. Y es lo que se ha hecho

Aplicación de la política de la competencia al sector agroalimentario

- Reglamento 1234/2007

Reglamento 1234/2007	Reglamento 1383/2013	Diferencias
Artículo 175	Artículos 206- 209	Normas generales
Artículo 176	Artículo 209	El Reg. de 2007 solo se refería a acuerdos de un solo Estado miembro Solo se aplicaba a A, AA, y AAA. Competencia exclusiva de la Comisión para autorizar.
Art. 176bis	Art. 210	No existía exclusión de los acuerdos de las OP y de las AOP.
		No existía excepción para casos de desequilibrios graves.

- Reglamento 261/2012: Excluía determinados acuerdos de comercialización en el sector de la leche. Hoy es el artículo 149 del Reglamento OCM. También se han introducidos acuerdos de comercialización para el aceite de oliva (art. 169 ROCM), la carne de vacuno (art. 170 ROCM) y los cultivos herbáceos (art. 171 ROCM).

- Nueva relación entre las normas de competencia y la PAC, con el objetivo de dotar a los agricultores y a sus organizaciones interprofesionales de herramientas que permitan mejorar su posición negociadora (Informe PE 2010).
- Reglamento 1308/2013 y Reglamento 2017 Omnibus.
- Mal acogido por la Comisión (DG de la competencia).
- Cooperación entre productores
- La Comisión toma nota del acuerdo alcanzado entre el Parlamento y el Consejo sobre las enmiendas de los artículos 152, 209, 222 y 232. La Comisión observa que las enmiendas acordadas por el Parlamento y el Consejo son de carácter sustancial y se han incluido **sin una evaluación de impacto, ... grado indeseado de inseguridad jurídica y procedural**
- ..., la Comisión observa con **preocupación** nuevas disposiciones ... podrían tener el efecto de **poner en peligro la viabilidad y el bienestar de los pequeños agricultores y los intereses de los consumidores**. La Comisión confirma su **compromiso de mantener la competencia efectiva en el sector agrícola prevén** solo un papel muy limitado tanto para la Comisión como para las autoridades nacionales de competencia a la hora de actuar para preservar una competencia efectiva.
- ...
- ... La Comisión observa que el texto **jurídico debe interpretarse** de forma coherente con el Tratado, especialmente en lo que se refiere a la **posibilidad** de que la Comisión y las autoridades nacionales de competencia **intervengan** si una organización de productores, que abarca una gran parte del mercado, pretende restringir la libertad de acción de sus miembros. La Comisión lamenta que esta posibilidad no esté claramente amparada en el texto jurídico.

Reglamento OCM 1308/2013

Reformado por Reg. Omnibus 2017

Derogaciones PAC

Reglas de competencia

Exclusión de actividades de OP y AOP

Derogaciones generales PAC

Periodos de crisis

Reglamento de exención por categorías de especialización

Autoevaluaciones Art. 101 (3) TFUE

Art. 217 ROCM

Cualquier situación de mercado.
Art 209 ROCM
Art. 210 ROCM

Derogaciones de productos específicos
Art 169, 170 y 171 ROCM

Art. 222 OCM

- Reglamento (UE) n.º 1308/2013 por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios, reformado por Reg. Omnibus (2017).

Reglamento 1308/2013	Reglamento 2017/2393
<p>Principio general: aplicación general de las normas de competencia (art. 206-209).</p>	<p>Tras el Reg. Omnibus, en mi opinión, se ha reducido en gran medida la aplicación general de las normas de competencia:</p> <ul style="list-style-type: none">• Exclusión de acuerdos de OP y AOP;• Modificación de la exenciones del art. 209.• Modificación del art. 222.

– Exclusión: Art. 152. (acuerdos internos de las OP y AOP)

Reglamento 1308/2013	Reglamento 2017/2393
<p>Se incluían finalidades claramente cooperativas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • planificar la producción con arreglo a la demanda; • optimizar los costes de producción; • concentrar oferta y comercializar, incluida comercialización directa. 	<p>Se incluyen actividades claramente cooperativas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • distribución conjunta, incluso a través de plataformas de venta; • compra conjunta de materias primas; • uso de equipos o instalaciones conjuntas.
<p>Estaban sometidas al control del artículo 101 TFUE y, en su caso, a la excepción del 101.3 y del Reglamento de exención por categorías de especialización (R. 1218/2010)</p>	<p>Excluidas del ámbito del art. 101 TFUE (en consonancia con la sentencia <i>Endivias</i>) las actividades de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • planificación de la producción; • optimización de los costes de producción; ... (sigue)

Reglamento 1308/2013	Reglamento 2017/2393
	<ul style="list-style-type: none"> comercialización y negociación de contratos para el suministro de productos agrícolas. No fijación de precios mínimos (sentencia <i>Endivias</i>) <p>Siempre que, entre otras,</p> <ul style="list-style-type: none"> se ejerza realmente una actividad de las enumeradas, contribuyendo así al cumplimiento de los objetivos del artículo 39 del TFUE; exclusividad de los miembros de la OP o de la AOP y de las producciones (obligación de aportar a cooperativas). <p>ANC o Comisión pueden acordar que una actividad se modifique, se suspenda o no se lleve a cabo en absoluto, si</p> <ul style="list-style-type: none"> evitar exclusión de competencia; consideran que los objetivos del art. 39 en peligro. <p>La decisión no será aplicable hasta su comunicación a las empresas.</p> <p>¿Derogación implícita de la mayor parte de las Directrices del 2015?</p>

Exenciones a las normas de competencia

– Exenciones: art. 209, apartado 1 (exención acuerdos OP y AOP)

Reglamento 1308/2013

Acuerdos necesarios para la consecución de los objetivos fijados en el artículo 39 del TFUE.

Acuerdos de A, AA, o AAA, OP (art. 152), o AOP (art. 156), que se refieran a:

- producción o venta; o
- utilización de instalaciones, tratamiento o transformación.

Reglamento 2017/2393

Se añaden las APO del art. 161 del Reglamento (queso y productos lácteos).

Siempre que no pongan en peligro los objetivos del artículo 39 del TFUE.

No se aplicará a acuerdos que conlleven obligación de **cobrar un precio idéntico** o por medio de los cuales **quede excluida la competencia**.

- Artículo 209, apartado 2 (Exenciones acuerdos OP y AOP)

Reglamento 1308/2013	Reglamento 2017/2393
<p>Los acuerdos del apartado 1 no estarán prohibidos o sujetos a una decisión previa.</p> <p>Carga de la prueba de una infracción del artículo 101, apartado 1, del TFUE recaerá sobre la parte o la autoridad que alegue la infracción. La carga de la prueba de que se cumplen las condiciones mencionadas en el apartado 1 del presente artículo recaerá en la parte que afirme poder optar a las exenciones establecidas en dicho apartado.</p>	<p>Los A, AA, AAA, OP o AOP podrán solicitar un dictamen de la Comisión sobre la compatibilidad de dichos acuerdos con los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE.</p> <p>La Comisión tiene obligación de dictaminar en el plazo de cuatro meses a partir de la recepción de una solicitud completa.</p> <p>La Comisión podrá, por iniciativa propia o previa solicitud de un Estado miembro, cambiar el contenido de un dictamen</p> <ul style="list-style-type: none">• información imprecisa• mal uso del dictamen.

– Exención: Art. 210 (acuerdos de OI, OI de la leche y OI del aceite).

Reglamento 1308/2013	Reglamento 2017/2393
<p>No aplicación del art. 101 del TFUE a los acuerdos que tenga por objeto llevar a cabo las actividades mencionadas en el artículo 157, apartado 1 letra c), si</p> <ul style="list-style-type: none">• notificados a la Comisión;• plazo de 2 meses la Comisión no ha declarado los acuerdos incompatibles con la normativa de la Unión.	

Los acuerdos se **considerarán incompatibles**:

- pueden **compartimentar** los mercados;
- perjudican el **buen funcionamiento** de la organización de mercados;
- originar **falseamientos de la competencia** que no sean imprescindibles para objetivos de PAC;
- **fijación de precios o de cuotas**;
- **discriminación** o eliminan la competencia.

- Excepción. Art 222 (acuerdos en caso de desequilibrios graves)

Reglamento 1308/2013	Reglamento 2017/2393
<p>En caso de desequilibrios graves, la Comisión podrá adoptar actos de ejecución a efectos de que el artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplique a los acuerdos de las OP, AOP, OI, siempre que</p> <ol style="list-style-type: none">1. no menoscaben el correcto funcionamiento del mercado interior,2. finalidad estabilizar el sector afectado y3. entren en alguna categoría de las enumeradas. <p>La Comisión especificará en actos de ejecución el ámbito de aplicación sustantivo y geográfico de esta excepción y el periodo al que se aplica la excepción que no podrá exceder los seis meses prorrogables.</p>	<p>Elimina el párrafo 2º del artículo</p>

- Reglamento omnibus (Reglamento 2017/2393): cláusulas de reparto del valor, en particular ganancias y pérdidas comerciales, entre agricultores (y asociaciones de agricultores) y primer comprador.
 - *Artículo 172 bis*
 - **Reparto de valor**
 - Sin perjuicio de todas las cláusulas específicas de reparto del valor en el sector del azúcar, los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, y su primer comprador podrán acordar cláusulas de reparto de valor, incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas.
- Papel de las organizaciones interprofesionales autorizadas a establecer cláusulas de reparto de valor
 - cláusulas normalizadas de reparto de valor.

- Desde 2012 se ha avanzado bastante en instrumentos jurídicos para solucionar los problemas de la cadena agroalimentaria:
 - Ley 12/2013, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.
 - Ley 13/2012, de fomento de integración de cooperativas y otras entidades asociativas.
 - Reglamento 261/2012, de relaciones contractuales del sector de la leche.
 - Reglamento OCM de 2013.
 - Propuesta de Directiva de PCD.
 - Reglamento Omnibus de 2017.
 - Exclusión acuerdos de OP y AOP.
 - Exención de acuerdos de A, AA, AAA, OP y AOP que tengan por objeto cumplir los objetivos del artículo 39. La reforma de 2017 introduce la posibilidad de pedir un dictamen.
 - Exención de acuerdos de OI que tengan por objeto las actividades previstas en el art. 157, con reserva exclusiva de autorización.
 - Posibilidad de adoptar medidas en casos de desequilibrios graves.
 - Posibilidad de reparto de cláusulas de valor.
- Pero todavía quedan cosas por hacer: v. gr.,
 - generalizar la autorización de acuerdos de comercialización en todos los subsectores;
 - tener que cumplir uno de los objetivos para los acuerdos del 209.

AHORA TODO DEPENDE DE USTEDES.

LAS LEYES ESTAN PARA HACERLAS CUMPLIR.

CONFIEN EN LOS PROFESIONALES DEL DERECHO