

A DANGEROUS CALL TO CREATE CRISIS CARTELS.
NOTES TO SUPREME COURT JUDGMENT
OF 20 JANUARY 2010 (CECASA)

UNA PELIGROSA LLAMADA A LA CREACIÓN DE CÁRTELES DE CRISIS. A PROPÓSITO
DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL 20 DE ENERO DE 2010 (CECASA)

Working Paper IE Law School

WPLS10-02

14-04-2010

Francisco Marcos

Profesor de Derecho Mercantil, IE Law School.
Fellow, Center for European Studies/IE
Serrano, 99-101, 28006 Madrid
francisco.marcos@ie.edu.

Abstract: Situations of economic crisis do not justify an exemption to the prohibition of anticompetitive agreements. There is neither a special rule for the agricultural sector that would provide a broad antitrust exemption aside from the common agricultural policy (CAP). The primacy of CAP goals does not mean that the agricultural sector is exempted from the application of competition rules. Only the European Commission and common market organizations' regulations may, in justified cases, establish limitations to free competition rules. The Supreme Court Judgment of 20 January 2010 makes a mistaken reading of EU case law and introduces a dangerous precedent regarding anticompetitive actions by agricultural producers. The judicial creation of a specific antitrust exemption for the storage of olive oil by producers (to raise its sale prices) violates competition law.

Resumen: Las situaciones de crisis económica no justifican una exención de la aplicación de las prohibiciones de acuerdos anticompetitivos. Tampoco existe una regla especial para el sector agrícola, que haga posible una exención *antitrust* genérica al margen de la política agrícola común (PAC). La primacía de los objetivos de la PAC no significa que el sector agrícola esté exento de la aplicación de las normas de competencia. Sólo la Comisión Europea y la regulación de las Organizaciones Comunes de Mercado pueden, en supuestos justificados, introducir limitaciones a las reglas de la libre competencia. La STS de 20 de enero de 2010 realiza una lectura errónea de la jurisprudencia comunitaria e introduce un peligroso precedente frente a las actuaciones anticompetitivas de los productores agrícolas. La creación judicial de una singular exención *antitrust* del almacenamiento de aceite de oliva para elevar los precios de venta contraviene el derecho de la competencia.

Keywords: Competition, cartel, olive oil, common agricultural policy, crisis cartel, judicial activism.

Palabras clave: Defensa de la competencia, cártel, aceite de oliva, política agraria común, cártel de crisis, activismo judicial.

The publishing of Serie Working Papers IE-Law School is sponsored by Cátedra Jean Monnet-IE
Copyright ©2010 by Francisco Marcos, Professor at IE Law school.

This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only. It may not be reproduced without permission of the copyright holder.

Printed at IE Publishing Department, Madrid. Spain.

La publicación de la Serie Working Papers IE-Law School está patrocinada por la Cátedra Jean Monnet-IE.
Copyright © 2010 Francisco Marcos, profesor del IE Law School.

Este working paper se distribuye con fines divulgativos y de discusión. Prohibida su reproducción sin permiso del autor, a quien deben contactar en caso de solicitar copias.

Editado por el IE Law School, Madrid, España.

Introducción

Al hilo de un asunto de aparente poca trascendencia, referido al extinto régimen de autorizaciones singulares de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC 1989), la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010 (Sala Tercera) desliza algunas afirmaciones sobre la aplicación de las normas de defensa de la competencia a un cartel entre productores de aceite de oliva en España que merecen alguna reflexión y comentario. En principio, se supone que las consideraciones que la sentencia realiza se refieren sólo y exclusivamente al caso concreto, mas en la medida que introduce una construcción judicial que eximiría a conductas anticompetitivas de los oleicultores de la aplicación las normas *antitrust* en situaciones de crisis¹, y que pudieran extenderse a otros supuestos similares², es conveniente examinar las consideraciones de la sentencia.

En el caso en cuestión se ventilaba la posible nulidad de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 5 de marzo de 2002 (A306/01) en la que el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) había denegado la autorización singular prevista en el artículo 4 de la LDC 1989 a los acuerdos de constitución de la empresa en participación Compañía Española de Comercialización de Aceite, S.A. (en adelante CECASA). Se trataba de un mecanismo ideado por la Federación Andaluza de Cooperativas Agrarias (FAECA) para almacenar aceite de oliva con el propósito de estabilizar sus precios si éstos bajaban por debajo de determinado umbral³. La resolución del TDC había sido confirmada por la Audiencia Nacional, pero más tarde dio lugar a un recurso de casación ante el Tribunal

¹ Quizá sea significativo señalar que la sentencia del Tribunal Supremo utiliza la palabra “crisis” en once ocasiones [nueve más que la Audiencia Nacional, de hecho, dos de ellas las toma prestadas en los párrafos que transcribe de la sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 22 de julio de 2005]. La palabra en cuestión ni siquiera se mencionaba en la resolución del TDC. Además, cinco de las veces que el Tribunal Supremo emplea la palabra en cuestión lo hace para aludir a la crisis de los precios.

² De hecho, en aplicación de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la Comisión Nacional de Competencia (en adelante CNC) tramita actualmente expediente sancionador frente a prácticas análogas desarrolladas en el sector del vino de jerez (Expediente S/0091/08, incoado el 15 de julio de 2008; véase “La CNC inicia la investigación de un posible acuerdo de reparto de mercado y fijación de precios en el sector del vino fino de Jerez”, NP DE LA CNC DE 17 DE JULIO DE 2008). Igualmente, el 16 de marzo de 2010 la CNC incoó procedimiento sancionador contra Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG) y Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (ALHÓNDIGAS) por posible fijación y regulación de precios en el sector hortofrutícola (Expediente S/0231/10M; véase “Incoación de Expediente sancionador contra Asociaciones agrarias de Almería”, NP DE LA CNC DE 16 DE MARZO DE 2010).

³ En otra ocasión el TDC ha tenido que examinar las prácticas anticompetitivas de las empresas refinadoras y envasadoras de aceite de oliva, véase RTDC de 8 de julio de 1992 (294/91, Aceites), confirmada por SSTs de 8 de marzo de 2002 (recurso 7512/95) y 15 de julio de 2002 (recurso 6171/96), véase *infra* nota 41. El TDC también investigó y sancionó una posible fijación de precios mínimos de venta al público de aceite de oliva en 2005, véase RTDC de 21 de julio de 2007 (612/06, Aceites 2), que el Tribunal Supremo anuló por vulneración de los derechos fundamentales mediante STS de 10 de diciembre de 2009.

Adicionalmente, en el sector de la producción de aceite de girasol el TDC analizó también la posible fijación de precios demasiado bajos por las empresas extractoras, cuando acumulaban una cuota significativa y la demanda estaba relativamente concentrada, véase –aunque archivó la denuncia– Resolución de la CNC de 26 de noviembre de 2008 (2790/07, UPA/CL).

Supremo en el marco del cual éste último elevó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) sobre el régimen sectorial de los productos agrícolas y el aceite de oliva en la UE, que fue resuelta el 1 de octubre de 2009. Al final, la resolución de TDC fue anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010.

Tras recordar el supuesto de hecho (*infra* §1), parece oportuno detenerse mínimamente en el examen del régimen sectorial específico de los productos agrícolas, en particular del aceite de oliva, y su aplicación al caso concreto de CECASA (*infra* §2). Adicionalmente, la sentencia vierte algunas consideraciones relevantes sobre la imbricación de la normativa sectorial agrícola y las normas de defensa de la competencia al hilo del caso concreto que suponen un peculiar entendimiento del supuesto de hecho (*infra* §3.1). Resultan también llamativas algunas de las declaraciones de la sentencia en su parte final que, como manifestación de un infrecuente activismo judicial, construye una exención *antitrust* específica –que parece hecha a la medida de CECASA- (*infra* §3.2), acompañada de una reclamación al legislador para que consagre normativamente cierto amparo para los cárteles de crisis, que no es posible en la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (*infra* §3.4) e incluso la posible resurrección del difunto sistema de autorización singular (*infra* §3.3).

1. El supuesto de hecho subyacente: una central de compras de aceite de oliva para evitar el hundimiento de los precios

El 5 de marzo de 2002 el TDC rechazó la solicitud de autorización singular que había sido presentada por CECASA. La solicitud se había formulado de conformidad con los artículos 3 y 4 de la LDC 1989 y la misma se refería al funcionamiento de la propia CECASA como una sociedad conjunta formada principalmente por las empresas oleicultoras con el propósito de mejorar la producción y la comercialización del aceite de oliva⁴.

Los socios mayoritarios de CECASA, con un 68% del capital social, son diversas almazaras y cooperativas que comprenden una cuota aproximada de dos tercios del mercado nacional de producción de aceite de oliva. El 32% del capital restante se concentra en manos de varias entidades financieras (Unicaja, Cajasur, Caja de San Fernando y del Monte, Caja General, Caja Jaén, Caja Duero, Banesto y las siete cajas rurales andaluzas)⁵.

A los efectos relevantes para la solicitud de autorización singular, CECASA declaró que tenía como objetivos estatutarios la obtención, explotación y comercialización de aceite de oliva, el almacenamiento de aceite en las campañas excedentarias en las que el precio se situara por debajo del 95% del antiguo precio de intervención y la puesta en el mercado del aceite almacenado cuando se recuperasen los precios. En palabras de sus representantes -que recoge la resolución del TDC- se trata de “*una empresa diseñada para gestionar excedentes de*

⁴ Sobre la creación de empresas en participación susceptibles de amparo en el artículo 101(3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) o en el artículo 1.3 de la vigente LDC cuando contribuyan a superar una situación de crisis estructural del mercado y redimensionar la oferta (pero no exclusivamente a elevar los precios), véase COSTAS COMESAÑA (213-214 y 261).

⁵ Véase MATÉ (2000).

producción,... contribuyendo así a la estabilidad de los precios”, de modo que su objeto fundamental es “evitar el hundimiento de los precios que se pueda producir en las campañas de exceso de producción, en un mercado desprovisto de elementos de regulación, tras la supresión de la intervención pública”⁶. Eventualmente, el porcentaje de la producción nacional de aceite de oliva que sería almacenada por CECASA se situaba entre el 15 y el 18%⁷.

La solicitud de autorización singular suscitó el inmediato rechazo de las empresas que intervienen *aguas abajo* en el procesamiento y en la ulterior comercialización del aceite de oliva, representadas por la Asociación Nacional de Industriales Envasadores y Refinadores de Aceites Comestibles (ANIERAC) y por la Asociación Española de la Industria y Comercio Exportador de Aceite de Oliva (ASOLIVA), que se opusieron a la concesión de la autorización singular. Es evidente que ellas serían las primeras afectadas y perjudicadas por la concesión de una posible autorización singular por el TDC del funcionamiento de CECASA. En su informe de 4 de octubre de 2001 el Servicio de Defensa de la Competencia fue rotundo en su valoración de CECASA como un acuerdo horizontal de fijación de precios mínimos, prohibido por el artículo 1.1 de la LDC 1989, sin que cupiera aplicar al mismo ninguna de las excepciones que a la sazón preveía el artículo 3⁸.

Después, también el TDC fue tajante en su rechazo a la solicitud, al calificar expresamente a CECASA como “*órgano del cártel*” de los productores de aceite de oliva⁹, que tiene por objeto el sostenimiento de los precios en las campañas excedentarias, contraviniendo directamente los propósitos liberalizadores de las reformas en la Política Agraria Común (en adelante PAC)¹⁰, sin que pudiera beneficiarse de una autorización singular por contribuir a la mejora en la producción o comercialización, o a la promoción técnica o económica (artículo 3.1 de la LDC 1989), ni justificarse por la situación económica general y el interés público (artículo 3.2 de la LDC 1989)¹¹.

⁶ FJ2 de la RTDC A306/01, de 5 de marzo de 2002. El “precio de intervención” es el precio garantizado de los productos comprendidos en la Política Agraria Común (PAC) que, de no alcanzarse, obliga a los organismos de intervención designados por los Estados miembros a comprar las cantidades producidas y a almacenarlas.

⁷ FJ1.D) de la STS de 20 de enero de 2010.

⁸ Las conclusiones de ese informe se recogen, literalmente, en el AH 8 de la RTDC A306/01 de 5 de marzo de 2002.

⁹ FJ3 de la RTDC A306/01, de 5 de marzo de 2002.

¹⁰ FJ4 de la RTDC A306/01 de 5 de marzo de 2002: “*Aunque cueste aceptarlo al sector productor, la reforma de la Política Agraria Común, mediante el citado Reglamento, ha supuesto una liberalización equilibrada del mercado del aceite de oliva, correspondiendo ahora la función de proteger a los mecanismos de ayudas directas a los agricultores que han venido a sustituir, así, a los mecanismos tradicionales de apoyo a los precios, que constituían el eje del llamado proteccionismo productivista de la ya abandonada mencionada Política [...]*Lo que no cabe al liberalizar un mercado es extender el sistema de ayudas directas a los agricultores y seguir manteniendo las fórmulas de intervención que se han querido suprimir para que juegue el mercado porque, como es obvio, ello no sería ya liberalizar, sino aumentar la protección tradicional del sector productor nacional cuando el mercado es ya excedentario.” En el fondo, algo parecido dijo la A.G. Kokott en sus conclusiones, como luego veremos (*supra* nota 65 y texto correspondiente).

¹¹ En palabras de la Audiencia Nacional: “*el acuerdo que defiende la recurrente tiene la virtud de eliminar potencialmente la libre competencia al dejar en manos de un grupo privado la posibilidad de alterar de forma artificial los precios, aunque sea en circunstancias de crisis, sin que de ello se derive ventaja alguna para el consumidor, se aporte beneficio tecnológico o de distribución y comercialización del producto*” (FJ5 *in fine* de

CECASA intentó valerse de la posible cobertura de la regulación sectorial en materia agrícola. El TDC fue claro y meridiano en rechazar esta argumentación de manera fundada y tajante, INSTANDO al solicitante a desistir de la puesta en funcionamiento de CECASA por constituir una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la LDC 1989. Aunque el TDC no lo dijo expresamente, y la Audiencia Nacional lo corrigió en este punto¹², eventualmente, la aplicación del artículo 1.2 de la LDC 1989 debería conducir a la nulidad de la sociedad por contravenir el artículo 1.1 de la LDC 1989¹³.

Como se anunciaba anteriormente, la anulación de esta resolución del TDC no pasa desapercibida, a nuestro juicio, la sentencia del Tribunal Supremo proyecta una concepción errónea de las relaciones de la PAC y la política de competencia que le llevan a anular la resolución del TDC. Adicionalmente, como corolario de la sentencia de casación, el Tribunal Supremo realiza algunas de las afirmaciones que son muestra de un activismo judicial insólito, y que reclaman alguna reflexión y comentario (*infra* §3).

2. La normativa sectorial agrícola. La normativa sectorial y las normas de defensa de la competencia

Los principales argumentos que CECASA emplea en su solicitud de autorización singular tienen que ver con la regulación sectorial en materia agrícola (PAC). De alguna manera plantea la idea de que el sector agrícola esté mayormente exento de la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Como es sabido, la PAC constituye una de las principales políticas de la Unión Europea, e interviene de manera decidida en la producción y comercialización de productos agrícolas, introduciendo limitaciones a la competencia en los mercados agrícolas para garantizar la consecución de otros objetivos¹⁴. Por ello, la aplicación de las normas de defensa de la competencia en esos mercados es modulada por las instituciones de la UE e, incluso, se excluye directamente en algunos supuestos¹⁵. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de

la SAN de 22 de julio de 2005).

¹² En efecto, de acuerdo con la Audiencia Nacional, “*deberá rectificarse el alcance de la resolución del TDC en el sentido de que sólo deberá tenerse por denegada la petición de autorización singular solicitada, sin que de ello se derive, al menos por causa de esta resolución, la prohibición de existencia de la sociedad recurrente siempre que se dedique a otras actividades distintas de aquellas para las que pidió la autorización singular, y, obviamente, éstas sean lícitas*” (FJ3 de la SAN de 22 de julio de 2005). En términos similares se pronuncia el Tribunal Supremo (FJ2). A nuestro entender, se equivoca la Audiencia (y también el Tribunal Supremo, que reprendió duramente a la Audiencia, véase FJ2 de la STS de 20 de enero de 2010) porque, como se recoge en la propia resolución del TDC, y se ha apuntado anteriormente, tanto el objeto social recogido en los estatutos como el objetivo principal de CECASA es la comisión de la conducta anticompetitiva cuya autorización se solicita (con lo que no aplicaría la última condición que la propia Audiencia exigía).

¹³ A la misma conclusión conduce –aunque a instancia de parte– el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando decreta la nulidad de la sociedad anónima cuando, como en este caso, su objeto sea ilícito o contrario al orden público.

¹⁴ Para un análisis de la evolución de la PAC desde sus orígenes hasta nuestros días, véase PETRICK (2008).

enero de 2010 realiza una lectura equivocada de la relación entre la normativa sectorial agrícola y la defensa de la competencia, sobre la que luego ahondaremos (*infra* §3.1).

2.1. La PAC y la política de la competencia.

Es cierto que el artículo 39 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)¹⁶ establece diversos objetivos de la PAC para proteger a los agricultores y a la producción agrícola comunitaria, estabilizando los mercados¹⁷, que pueden dar lugar a intervenciones públicas principalmente a través de subsidios y de las Organizaciones Comunes de Mercados (OCM)¹⁸.

Además, el Tratado atribuye a las instituciones de la UE la competencia para determinar en qué medida se aplicarán al sector agrícola las normas de competencia. Así, establece que “*las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo*” (artículo 42 del TFUE).

No obstante, “*de ello no se desprende necesariamente que el Derecho comunitario considere la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado en el sector agrícola como una excepción*”¹⁹. En efecto, “*el sector agrícola no constituye un espacio libre de competencia*”²⁰. Por tanto, las normas de competencia (comunitarias y nacionales) se aplican en el sector agrícola y a las OCM²¹. De hecho, los propios principios y fundamentos de la PAC tratan de evitar que su puesta en práctica y que el funcionamiento de las OCM provoquen restricciones innecesarias en la competencia, sea a nivel comunitario o a nivel nacional²².

¹⁵ Esta idea no es patrimonio exclusivo de la UE y se suscita también en otros ordenamientos jurídicos. Sobre la situación en los Estados Unidos de Norteamérica [Capper-Volstead Act, P.L. 67-146, Co-operative Marketing Associations Act 7 U.S.C. Ap.291-292 (2007)], véanse DHAL Y GRANT (2005:1-2) y, ampliamente, BAUMER, MASSON Y MASSON (1986). Sobre la situación en otros países, véanse OCDE (2007) y REICH (2007).

¹⁶ El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa. Las referencias a los artículos se hacen a los vigentes desde entonces en la versión consolidada de los Tratados.

¹⁷ Concretamente, esos objetivos son “[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.”

¹⁸ Véase artículo 40 del TFUE y RIESENFELD (1965: 665-678).

¹⁹ Ap. 41 Conclusiones de la Abogada General Sra. Christine Stix-Hackl, presentadas el 17 de septiembre de 2002 (C-130/00, Milk Marque, National Farmers’ Union).

²⁰ Ap 40 Conclusiones A.G. Stix-Hackl (C-130/00). Más adelante afirma, aludiendo a la jurisprudencia del TJUE, “*que la competencia constituye un elemento fundamental del mercado agrícola común*” (ap.45) o que “*desde el punto de vista del Derecho comunitario, la aplicación de sus normas sobre la competencia en el sector agrícola no tiene de forma general carácter de excepción, sino que es inherente al propio sistema*” (ap.47).

²¹ Ap. 58, 60, 61 y 67 de STJCE de 9 de septiembre de 2003 (C-130/00, Milk Marque, National Farmers’ Union).

²² Ap. 64 y 65 de STJCE de 9 de septiembre de 2003 (C-130/00, Milk Marque, National Farmers’ Union). En particular, en el caso que aquí se comenta véanse ap.47 de la Sentencia de 1 de octubre de 2009 (C-505/07,

Es cierto que en la contraposición que el Derecho comunitario originario hace de la política agrícola comunitaria y de la política de competencia²³, se otorga mayor fuerza o vigor a la primera²⁴, pero no se excluye la aplicación de la política de competencia en el sector agrícola. Es más, la posible exención agrícola no cubriría nunca una fijación horizontal de precios del artículo 101(1) del TFUE²⁵. Lo que se establece es que, en la medida de lo posible, se han de conciliar los objetivos de la PAC, contenidos en el artículo 39 TFUE, y los de la política de competencia²⁶.

En coherencia con los anteriores postulados, el Consejo adoptó el Reglamento n° 26, de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de ciertos productos agrícolas y ganaderos²⁷, en el que se dictaron las primeras reglas de aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado a la producción y comercio de productos agrícolas. Con arreglo a ellas, *“las normas sobre la competencia relativas a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 85 del Tratado (ahora 101 del TFUE), así como las relativas a la explotación abusiva de posiciones dominantes, deben ser aplicadas a la producción y al comercio de productos agrícolas, en la medida en que su aplicación no dificulte el funcionamiento de las organizaciones nacionales de los mercados agrícolas y no ponga en peligro la realización de los objetivos de la política agrícola común”*²⁸, aunque sin dejar de *“prestar particular atención a la situación de las asociaciones de agricultores en la medida en que tengan por objeto fundamentalmente la producción o el comercio en común de productos agrícolas o la utilización de instalaciones comunes, a menos que dicha acción común excluya la competencia o ponga en peligro la realización de los objetivos del artículo 39 del Tratado”*²⁹. La búsqueda de un equilibrio entre los objetivos de la PAC y el mantenimiento de la libre competencia queda clara. Para ello se establecen tres excepciones distintas a la aplicación de las normas de competencia, una derivada de la existencia y funcionamiento de las OMCs, otra relacionada con la consecución

CECASA) y ap. 88 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 12 de febrero de 2009 (C-505/07, CECASA).

²³ Ap. 42 y 43 Conclusiones de AG Stix-Hackl (C-130/00).

²⁴ Ap.81 de la STJCE de 9 de septiembre de 2003 (C-130/00, Milk Marque, National Farmers' Union) y Ap.64 Conclusiones de AG Stix-Hackl (C-130/00). Véase también VAUGHAN, LEE, KENNELLY Y RICHES (2006: 44-45). Véanse también Ap. 23 de la STJUE de 29 de octubre de 1980 (139/79, Maizena GmbH c. Consejo CE) y Ap. 61 de la STJUE de 5 de octubre de 1994 (Alemania/Consejo, C-280/93) (*“se reconoce al mismo tiempo la primacía de la política agrícola con respecto a los objetivos del Tratado en el ámbito de la competencia y la facultad del Consejo de decidir en qué medida las normas sobre la competencia deben aplicarse en el sector agrícola”*). En las gráficas palabras de PEYDRO AZNAR (1992: 57): *“El estómago debería prevalecer sobre la libertad de comercio y sobre las normas comunitarias de la competencia”*.

²⁵ Véase REICH (2007:851).

²⁶ Ap. 91-93 de la STJCE de 9 de septiembre de 2003 (C-130/00, Milk Marque, National Farmers' Union).

²⁷ Sólo los productos contenidos en el anexo II del Tratado, véase PEYDRO AZNAR (1992: 60). El Reglamento n° 26/1962 fue sustituido por el Reglamento n° 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006 (con la misma numeración y enunciado de sus preceptos).

²⁸ Cdo. 3 y artículo 1 del Reglamento 1184/2006.

²⁹ Cdo. 4 del Reglamento 1184/2006.

de *todos* los objetivos del artículo 39 del TFUE³⁰, y una tercera para los acuerdos entre agricultores o decisiones de asociaciones de agricultores de un único Estado miembro sobre producción y comercialización de productos agrícolas o utilización de instalaciones comunes sin establecer una fijación de precios, sin excluir la competencia o menoscabar los objetivos del artículo 39 del TFUE³¹.

La intención del legislador comunitario de alcanzar un equilibrio entre los objetivos de la PAC y los de la política de competencia es manifiesta, como también la dificultad que se presenta a las instituciones de la UE competentes para hacerlo. Por ello, el Derecho comunitario rodea la concesión de excepciones a las normas de competencia de cautelas y establece un procedimiento, que limita los cauces a través de los cuales se pueden plantear y resolver.

Así, aunque la regulación sectorial en materia agrícola y los objetivos por ella perseguidos primen sobre la regulación y los objetivos en materia de competencia, las exclusiones de aplicación del artículo 101(1) del TFUE al sector agrícola se han de realizar en el marco del procedimiento previsto en el Reglamento n° 26 (ahora Reglamento n° 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006). Esas exclusiones deberán interpretarse restrictivamente³².

En efecto, se prevé que la Comisión UE excluya la aplicación del artículo 101(1) del TFUE si se cumplen determinadas condiciones (artículo 2.1 del Reglamento 1184/2006)³³. Con ese

³⁰ “El apartado 1 del artículo [101] del Tratado será inaplicable a los acuerdos, decisiones, y prácticas mencionados en el artículo precedente que forman parte integrante de una organización nacional de mercado o que sean necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado.” (artículo 2 del Reglamento 1184/2006). Véanse ap. 8-9 de la STJUE de 15 de mayo de 1975, "Frubo" c. Comisión CE er al., As. 71-74; Ap. 91, 100-101 y 147-148 de la STGUE de 14 de mayo de 1997, Florimex BV y Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten C. Comisión CE, T-70/92 y T-71/92; Ap. 66-69 de la Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1998 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/35.280-SICASOV) y, finalmente, ap. 86 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA). En la doctrina, véanse DE COCKBORNE (1988: 303-305), PEYDRO AZNAR (1992: 61-63) y OTTERVANGER (1990: 217)

³¹ Véase Ap. 27-28 de la STJUE de 12 de diciembre de 1995, Oude Luttikhuis et al. c. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA, C-399/93. En el fondo la tercera excepción es una especificación de las anteriores, que no ha tenido ninguna relevancia práctica, véanse COMISIÓN UE (2010: 9-11), DE COCKBORNE (1988: 307-308), PEYDRO AZNAR (1992: 64-65) y OTTERVANGER (1990: 218-220).

³² Ap. 152 de de la STGUE de 14 de mayo de 1997, Florimex, T-70/92 and T-71/92 (“al tratarse de una excepción a la regla de aplicación general del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, el artículo 2 del Reglamento n° 26 debe interpretarse restrictivamente”); Ap. 23 de la STJUE de 12 de diciembre de 1995, H. G. Oude Luttikhuis and others v Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA, C -399/93.

³³ “El apartado 1 del artículo [101] del Tratado será inaplicable a los a los acuerdos, decisiones, y prácticas mencionados en el artículo precedente que forman parte integrante de una organización nacional de mercado o que sean necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado.” No se aplicará en particular a los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de éstos o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro, en la medida en que, sin llevar consigo la obligación de aplicar un precio determinado, afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que los objetivos del artículo 39 del Tratado son puestos en peligro”. Véase Ap. 86 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA). La parte final del artículo 2 es considerada como una excepción distinta de las dos que se formulan en la primera frase, véase Ap. 27-28 de la STJUE de 12 de diciembre de 1995, Oude Luttikhuis et al. c. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA, C -399/93 (aunque, véase *supra* nota 32).

propósito se establece un procedimiento, que exige una decisión de la Comisión UE para excluir la aplicación del artículo 101(1) del TFUE (artículo 2.2 y 2.3 del Reglamento 1184/2006)³⁴, estableciéndose un límite (“*a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que los objetivos del artículo 39 del Tratado son puestos en peligro*”)³⁵.

Sentado lo anterior, la PAC y las normas sectoriales en materia agrícola coexisten también con las normas de defensa de la competencia de los Estados miembros. Y, de manera análoga a lo que ocurre con las normas comunitarias de competencia, es posible aplicar en materia agrícola las normas nacionales de defensa de la competencia³⁶. Por ello, los eventuales excesos o extralimitaciones de los agentes en el sector agrícola, más allá de los cauces y objetivos de la PAC, podrán motivar la actuación de las autoridades nacionales de la competencia conforme a sus respectivos ordenamientos³⁷. Ahora bien, existen límites en esa aplicación, derivados de la primacía de los objetivos de la política agrícola *comunitaria* sobre los objetivos de la política de competencia *de los Estados miembros*³⁸. Las actuaciones y decisiones de las autoridades nacionales de la competencia deben tener en cuenta preferentemente los objetivos de la PAC que establece el artículo 39 del TFUE³⁹.

2.2. El régimen especial de almacenamiento de aceite de oliva en la PAC.

Una conclusión similar puede extraerse del reglamento único para las OCMs (Reglamento nº 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007), que establece el principio general de la aplicación de las normas de competencia del Tratado en los mercados cubiertos por OCM, como el del aceite de oliva (artículo 175 del Reglamento 1234/2007). Así, se contempla una excepción a la aplicación de las normas de competencia cuando se trate de acuerdos, decisiones o prácticas de las OCM o que sean necesarios para conseguir los objetivos de la

³⁴ Sobre el monopolio de la Comisión UE de la concesión de estas autorizaciones, véanse ap. 34 y 36 de la STJUE 12 diciembre 1995, Hendrik Evert Dijkstra et al. c. Friesland (Frico Domo) Coöperatie BA eta al. C-319/93, C-40/94 y C-224/94; OTTERVANGER (1990: 208) y VAUGHAN, LEE, KENNELLY Y RICHES (2006: 46).

³⁵ De hecho, “*la primacía de la Política Agrícola sobre los objetivos del Tratado en materia de competencia, que alega la recurrente, no exime a la Comisión de efectuar un examen para comprobar si con el referido acuerdo se alcanzan efectivamente los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado*”, ap. 95 de la STJUE de 30 de marzo de 2000, Florimex, C-265/97P.

³⁶ Ap. 62 de las Conclusiones de A.G. Stix-Hackl (C-130/00); ap. 52 y 53 de la STJUE de 1 de octubre de 2009 (C-505/07, CECASA). Sobre la posible aplicación paralela de las normas comunitarias y nacionales de la competencia en estos casos, véase RITTER Y BRAUN (2004: 882).

³⁷ Así, por ejemplo, véanse los FJ3 y 4 de la RCNC de 9 de junio de 2009 (2779/07), que sanciona el establecimiento de una restricción de las ventas de las bodegas mediante un sistema de cupos sobre ventas históricas por el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Xérès-Sherry y Manzanilla Sanlúcar de Barrameda. . Aparentemente el sistema buscaba el amparo de la intervención del Consejo Regulador sobre el exceso de oferta de vino en la política de estabilización que recoge el artículo 39.1c) del TFUE .

³⁸ Ap. 64 y 65 de las Conclusiones de A.G. Stix-Hackl (C-130/00).

³⁹ Ap. 92 de la STJUE de 9 de septiembre de 2003 (C-130/00, Milk Marque, National Farmers’ Union), ap. 69 de las Conclusiones de A.G. Stix-Hackl (C-130/00) y ap. 93 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA).

PAC (artículo 176.1 del Reglamento 1234/2007). Igualmente, la Comisión UE es la *única y exclusiva competente* para conceder esa excepción (artículo 176.2 del Reglamento 1234/2007). Además, las conductas exceptuadas nunca pueden suponer la “*obligación de aplicar precios idénticos*”, excluir la competencia o poner en peligro los objetivos de la PAC. La producción de aceite de oliva se enmarca en la OCM de materias grasas de origen vegetal, regulada inicialmente por el Reglamento n° 136/66 del Consejo, de 22 de septiembre de 1966, por el que se establece la OMC en el sector de las materias grasas, previéndose un complejo régimen de subastas a precios regulados de revisión anual por el Consejo, a propuesta de la Comisión, con el propósito de estabilizar los precios y garantizar un nivel de vida equitativo a los agricultores⁴⁰.

En efecto, el Reglamento 136/66 contemplaba originariamente un mecanismo de compra de intervención de aceite (en su artículo 11). Se trataba de un instrumento destinado a establecer una regulación del precio y del mercado de aceite de oliva en beneficio de los productores. Sin embargo, aquella norma fue modificada por el Reglamento n° 1638/98 del Consejo, de 20 de julio de 1998, que eliminó el régimen de compra de intervención de aceite de oliva, porque podía desestabilizar el mercado⁴¹. Una vez desaparecido el mecanismo de adquisición directa por los organismos de intervención, se prevé un sistema de ayudas comunitarias para la adquisición y el almacenamiento de aceite de oliva en caso de perturbación grave en el mercado (artículo 12bis del Reglamento 136/66, ahora artículo 33 del Reglamento 1234/07)⁴².

2.3. La solicitud de CECASA

En el supuesto concreto que se comenta, CECASA no pretendía, ni solicitó en su momento beneficiarse de esas ayudas comunitarias al almacenamiento de aceite de oliva. De hecho, incluso si hubiera sido así, como se ha visto, ello no hubiera excluido *tout court* la posible aplicación de las normas de defensa de la competencia⁴³. En efecto, CECASA se constituyó con el propósito de realizar otros almacenamientos, distintos de los previstos en el artículo 12 bis del Reglamento 136/66. O, al menos, eso es lo que se planteó ante el TDC⁴⁴. Y visto desde

⁴⁰ En la vigencia del sistema de compras de intervención, el TDC tuvo ocasión de pronunciarse sobre la colusión en las subastas de las empresas refinadoras y envasadoras del aceite de oliva, sancionándolas mediante resolución del TDC de 8 de julio de 1992 (294/91, Aceites), confirmada por SSTs de 8 de marzo de 2002 (recurso n° 7512/95) y 15 de julio de 2002 (recurso n° 6171/96).

⁴¹ Cdo. 11 del Reglamento n° 1638/98 (“*Considerando que el régimen de compra de intervención pública constituye un incentivo para la producción que puede desestabilizar el mercado; que, por consiguiente, es preciso suprimir las compras de intervención y suprimir o sustituir las referencias al precio de intervención*”).

⁴² Reglamento n° 2768/98 de la Comisión de 21 de diciembre de 1998 relativo al régimen de ayuda al almacenamiento privado de aceite de oliva. Para una explicación de las razones que subyacen al cambio de régimen, abandonando el sistema de “precio y comprador seguros” y espoleando un comportamiento más activo de los oleicultores más orientado al mercado, véase PARRAS ROSA (2002: 161-162 y 182);

⁴³ Ap. 46 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA). De hecho, “*si resultara que las compras y ventas de aceite de oliva que CECASA pretende llevar a cabo para mantener cierto nivel de precios están justificadas al amparo de la normativa agrícola, habría que tener en cuenta esta circunstancia a efectos de la aplicación de las normas sobre competencia*”.

⁴⁴ En el fondo es el contenido de la tercera cuestión prejudicial planteada, véanse Ap. 45 y 46 de la STJUE de 1 de octubre de 2009, CECASA, C-505/07. Así, de acuerdo con Ap.24 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-

esa perspectiva, es cierto que el régimen comunitario descrito no agota todas las posibilidades de almacenamiento privado, pues no proporciona una regulación exhaustiva sobre la legalidad de otros almacenamientos distintos⁴⁵. Al margen del almacenamiento previsto en el artículo 12bis del Reglamento 136/66, que tiene unas condiciones determinadas y se beneficia de subvenciones, son posibles otros sistemas de almacenamiento privado de aceite de oliva⁴⁶.

En realidad CECASA buscaba constituirse como iniciativa privada descentralizada de almacenamiento, al margen de lo previsto en el Reglamento 136/66, que fuese más rápida y flexible que las que en aquel se contemplan⁴⁷. De este modo, la alusión al régimen comunitario en materia de almacenamiento privado subvencionado de aceite de oliva deviene irrelevante⁴⁸, y la iniciativa de CECASA deberá enjuiciarse con arreglo a las reglas generales en materia de defensa de la competencia y su aplicación al sector agrícola⁴⁹.

Por ello, puede cuestionarse la oportunidad de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE. En efecto, poco sentido tiene que se plantearan diversas cuestiones sobre el encaje de CECASA en el régimen general de almacenamiento previsto en el Reglamento 136/66, cuando lo que CECASA pretendía quedaba al margen de dicho régimen. Adicionalmente, las cuestiones relativas a la imbricación de las normas de competencia en la regulación sectorial agrícola ya habían sido analizadas en otras sentencias, sin que aparentemente existiera una duda razonable sobre su aplicación a este supuesto. La duda sobre la oportunidad de las cuestiones prejudiciales crece en la medida que, sin ellas, la sentencia del Tribunal Supremo podría haberse dictado hace ya dos años, sin los problemas adicionales que pueda haber suscitado, respecto de supuestos como este, la entrada en vigor de la Ley 15/2007 (en particular en relación con la supresión del régimen de autorización singular, *infra* § 3.3).

En otras palabras, lo que la respuesta a las cuestiones prejudiciales reconoce es la posibilidad

505/07, CECASA): “*Para evitar una «perturbación grave del mercado» y, en particular, el hundimiento de los precios del aceite de oliva, CECASA tenía la intención de comprar aceite y almacenarlo cuando su precio cayera por debajo de un determinado nivel (próximo al 95 % del antiguo precio de intervención comunitario) y ponerlo de nuevo en el mercado cuando se produjera una recuperación del nivel de precios.*”

⁴⁵ Ap. 72 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA).

⁴⁶ Es posible, al margen de la OMC de las materias grasas, diseñar un sistema de almacenamiento privado, pero entonces deberá cumplir con las normas de defensa de competencia, lo que difícilmente puede ocurrir en un caso como el de CECASA que, acumulando una cuota del mercado nacional de producción de aceite de oliva próxima al 70%, supone una fijación indirecta de precios. Ello impediría que la Comisión UE pueda conceder la exclusión de la aplicación de las normas de competencia del TFUE conforme a cualquiera de las excepciones previstas en el artículo 2.1 del Reglamento 1184/2006 (véase *supra* § 2.1).

⁴⁷ Ap. 73 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA).

⁴⁸ Ap. 75 de las Conclusiones AG Kokott (C-505/07, CECASA): “*si, como sucede en el presente asunto, el almacenamiento privado se realiza sin recurrir al régimen de ayudas contemplado en el artículo 12 bis del Reglamento n° 136/66, lógicamente no serán necesarias la existencia de una perturbación grave del mercado ni la autorización de la Comisión como exige dicha disposición. Pero, al mismo tiempo, el organismo interesado tampoco podrá invocar el artículo 12 bis del Reglamento n° 136/66 para justificar su objetivo de almacenamiento privado y evitar que se le apliquen las normas generales vigentes en el mercado del aceite de oliva. Al contrario, el almacenamiento privado deberá llevarse a cabo observando el Derecho comunitario y las normas nacionales compatibles con el Derecho comunitario, especialmente las normas correspondientes del Derecho de la competencia, puesto que la agricultura no es un espacio exento de competencia.*”

⁴⁹ Ap. 76 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA).

de que las actividades de CECASA fueran autorizadas en el marco del régimen comunitario agrícola específico contenido en el artículo 12bis del Reglamento 136/66, con las condiciones que allí se establecen⁵⁰. Pero CECASA buscaba algo diferente, como el Tribunal Supremo afirma en su sentencia, pretendía rescatar el sistema de compra de intervención vigente hasta 1998 (que –según CECASA- fue eliminado por motivos exclusivamente presupuestarios)⁵¹. Y respecto de esa iniciativa, el Derecho comunitario en materia agrícola reclama la aplicación de las normas de defensa de la competencia y sería contrario a la PAC no aplicarlas⁵².

3. La Sentencia de 20 de enero de 2010 como manifestación de un infrecuente activismo judicial.

La Sentencia del Tribunal Supremo que se comenta no es un modelo de orden y claridad. A modo de *totum revolutum* mezcla la creación judicial de una confusa y anómala exención *antitrust* para los oleicultores, completamente al margen de lo que había dicho el TJUE y de lo que CECASA había solicitado, con algunas valoraciones insólitas y difícilmente justificables, introduciendo una preocupante muestra de receptividad a los cárteles de crisis.

3.1. La intelección del supuesto por el Tribunal Supremo.

Aunque es claro que CECASA no pretendía beneficiarse del régimen del artículo 12bis del Reglamento 136/66, la sentencia del Tribunal Supremo considera que ese es el supuesto de partida del que procede arrancar su decisión⁵³. El Tribunal Supremo se empeña en ahondar en este falso problema, que justificó el planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Ahora, tras la lectura de la STJUE de 1 de octubre de 2009 y de las Conclusiones de la Abogado General a nadie se le escapa que CECASA podría haber sido considerado un organismo que, ante perturbaciones graves del mercado, celebrara contratos de almacenamiento privado de aceite de oliva. *Para ese viaje no son menester alforjas*.

Adicionalmente, la lectura que el Tribunal Supremo realiza de las distintas cuestiones sobre las que la STJUE se pronunció nos parece errónea por las siguientes razones:

A) Relación entre PAC y política de la competencia. No cabe considerar, como el Tribunal Supremo afirma respecto de una hipotética actuación de CECASA como “organismo”

⁵⁰ En efecto, CECASA debería ofrecer garantías suficientes (i), ser aceptada por el Estado miembro (ii), haberse producido una perturbación grave en el mercado (iii) y existir una autorización de la Comisión para el almacenamiento privado de aceite de oliva (iv), véanse 35 de la STJUE de 1 de octubre de 2009 (CECASA, C-505/07) y 64 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA).

⁵¹ FJ1A) *in fine* de la STS de 20 de enero de 2010. *Contra supra* nota 42.

⁵² 100 y 106 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA). En sus propias palabras: “*Por tanto, si de la normativa agrícola comunitaria pudiera deducirse que es posible recurrir, sin más, al almacenamiento privado siempre que se trate de hacer frente a situaciones de perturbación grave, las autoridades de competencia también deberían atenerse a tal norma al aplicar el Derecho de la competencia*” (ap. 97).

⁵³ De manera infundada afirma al comienzo del FJ3 que ese “*es precisamente el motivo que conduce al tribunal [TDC] a negar que CECASA pueda participar en los “mecanismos de salvaguardia para situaciones de crisis”; que prevén las referidas normas*”.

autorizado para el almacenamiento privado de aceite de oliva “*la inaplicabilidad de las normas generales de defensa de la competencia, nacionales y comunitarias*” en el sector agrícola⁵⁴. Nada más alejado de lo que la Abogada General y el TJUE dictaminaron en sus pronunciamientos al hilo de las cuestiones prejudiciales planteadas. Precisamente lo que ocurre es que la aplicación de las normas de competencia se modula en este ámbito y sólo excepcionalmente puede excluirse si se promueve alguno de los objetivos de la PAC previsto en el artículo 39 del TFUE⁵⁵.

B). Ámbito de aplicación del régimen del Reglamento 136/66. Aunque nada impide que CECASA desarrolle una actuación de almacenamiento privado de aceite al margen de lo previsto en el artículo 12bis del Reglamento 136/66, una vez que nos hallamos fuera del régimen especial previsto en esa norma, no es posible acudir o valerse de ella a ningún efecto (como, cuando el Tribunal Supremo estima, después de aludir al citado régimen: “*CECASA... puede igualmente actuar cuando no se haya producido la decisión de dichas autoridades comunitarias pero se presente una situación de crisis de precios análoga a la que en aquel Reglamento se contempla*”)⁵⁶. Para eso, hubiera sido preferible no haberse entretenido en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales, que en nada eran relevantes para el supuesto de hecho y olvidarse del régimen especial (subvencionado) para los almacenamientos previstos en la OMC del aceite de oliva.

C). Construcción de una “exención judicial” a las normas de defensa de la competencia. Es cierto que, situados fuera del régimen especial previsto en el Reglamento 136/66, la aplicación de las normas de defensa de la competencia (nacionales y comunitarias) a un supuesto como el planteado se ha de hacer en el marco de lo establecido por el TFUE y el Reglamento 26/62, como dice –bien– el Tribunal Supremo “*la perspectiva de defensa de la competencia no es la única desde la que debe analizarse en este caso el acuerdo de almacenamiento, estando como está influido por las normas y los principios que rigen la política agrícola*”⁵⁷. Sin embargo, el equilibrio que es necesario alcanzar entre los preeminentes objetivos que rigen la PAC y la política de competencia, requiere evaluar las distintas implicaciones que puede tener el establecimiento de excepciones en la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Por ello, el Tribunal Supremo no acierta en su razonamiento cuando considera que “*si acudimos a la razón de ser de la “exención” (respecto a las normas comunitarias de competencia) que hace la normativa privada para el almacenamiento –privado y subvencionado– de aceite en tiempos de perturbaciones graves de precios derivadas de excedentes significativos de producción, podremos concluir que esa misma razón de ser existirá cuando, siendo idénticas las circunstancias, el almacenamiento no sea*

⁵⁴ FJ3B) de la STS de 20 de enero de 2010.

⁵⁵ Véase *supra* §2.1

⁵⁶ FJ4, párrafo 1º de la STS de 20 de enero de 2010. *Contra* ap. 75 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA).

⁵⁷ FJ5, párrafo 3º de la STS de 20 de enero de 2010.

*subvencionado*⁵⁸. La equivocación no es menor pues ignora los motivos que llevaron al legislador comunitario a eliminar el mecanismo de compra de intervención vigente hasta 1998⁵⁹, que ahora CECASA pretende reinstaurar con el beneplácito del Tribunal Supremo⁶⁰. Como el TJUE y la Abogado General detallaron en sus pronunciamientos, el régimen de almacenamiento subvencionado no sólo se caracteriza -como el Tribunal Supremo considera- por la existencia de ayudas públicas, sino también por un estricto procedimiento de control⁶¹. De hecho, la Abogada General Kokott explica con claridad como la reforma de 1998 se hizo pensando que la estabilización de los mercados y el aseguramiento al consumidor de suministros a precios razonables “*podían alcanzarse mejor, al menos en aquel momento, sin una normativa de intervención*”⁶². Lo contrario, por tanto, a lo que CECASA pretende. Y es que, como la Abogada General dictaminó⁶³, “*si se permitiera a los particulares determinar por su cuenta la existencia de perturbaciones graves en el mercado y, sobre esa base, influir claramente en la actividad del mercado (en el presente asunto, la oferta y el precio del aceite de oliva), tal mecanismo reimplantaría, en definitiva, de manera solapada un régimen de intervención, si bien con cargo a fondos privados, mediante el que se eludiría la supresión del régimen de precios de intervención llevada a cabo por el legislador comunitario*”⁶⁴.

3.2. La construcción judicial de una exención a los cárteles de crisis.

Una de las cuestiones que más llama la atención en la sentencia que se comenta, es el insólito ejercicio de creatividad judicial en la construcción de una exención especial de las

⁵⁸ FJ5, párrafo 4º de la STS de 20 de enero de 2010.

⁵⁹ Ap. 31 STJUE de 1 de octubre de 2009 (C-505/07, CECASA) y ap. 103 Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA) y *supra* nota 42.

⁶⁰ Una presunta y bienintencionada interpretación analógica, como la que el Tribunal Supremo realiza, supone una extensión infundada de lo previsto en la normativa comunitaria que es criticable (“*judicial interpretation that supplies more rules, even those that advance the same set of values that informed the statute*”) y es objetable porque “*means judges implementing their own ideas of the good but palming them off as the ideas of others and thus avoiding responsibility*”. Los entrecomillados son de EASTERBROOK (1984:94).

⁶¹ *Supra* nota 43.

⁶² Ap.104 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA). El Tribunal Supremo considera, no obstante, que “*no cabe tampoco afirmar que los intereses de los consumidores estén del todo ausentes en este proceso pues pueden beneficiarse de la estabilidad de los precios en los períodos de signo contrario a los de desplome, esto es en períodos de escasez del producto y subsiguiente alza de precios, cuando el aceite de oliva almacenado sea puesto en el mercado*” (FJ5, párrafo 6º de la STS de 20 de enero de 2010).

⁶³ Se puede decir más alto, pero no más claro: “*La Administración y los tribunales nacionales no pueden permitir que algo así suceda*” (ap.101 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA)]. La STJUE suavizaba ligeramente el mensaje, aunque no el sentido del mismo, al afirmar que las “*autoridades nacionales de defensa de la competencia están habilitadas para controlar, y por tanto, para prohibir un mecanismo de almacenamiento de aceite de oliva acordado y financiado fuera del ámbito de aplicación del artículo 12bis del Reglamento n° 126/66*” (ap.57). El Tribunal Supremo entendió, sin embargo que la anterior expresión “*debe entenderse en el sentido de que si pueden prohibir aquella práctica también podrán, a la inversa, declararla conforme a derecho*” (FJ4 *in fine* de la STS de 20 de enero de 2010).

⁶⁴ Ap.105 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA). Se omite una nota al pé en la que la Abogada General asimila el supuesto hipotético formulado a lo que CECASA pretende.

prohibiciones de la Ley de Defensa de la Competencia para los cárteles de crisis entre los productores de aceite de oliva, que concluye en un llamamiento al legislador para que le otorgue pabellón normativo.

De manera anómala, y contraviniendo el Derecho comunitario, pero también el Derecho nacional de la competencia, y extralimitándose de sus funciones, en un ejercicio de activismo judicial insólito⁶⁵, el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 2010 crea *ex novo* una exención *antitrust* para el almacenamiento privado de aceite de oliva que CECASA se propone realizar. En efecto, la nueva exención, de manufactura judicial, combina principalmente dos ingredientes: (i) un régimen supuestamente análogo o paralelo al previsto por el Reglamento 136/66, con cierta intervención administrativa, y (ii) una situación de crisis en los precios⁶⁶.

No parece adecuado que el Tribunal Supremo fabrique esta nueva exención, básicamente porque no hay ninguna norma en nuestro Ordenamiento jurídico que le encargue que lo haga. La aplicación judicial de las normas, esta vez en sede de revisión casacional, no supone la concesión al Tribunal Supremo de la posibilidad de legislar y crear *ex novo* una exención *antitrust* en materia agrícola para los oleicultores. El Tribunal Supremo debería confinar su intervención a la función que nuestro Ordenamiento le atribuye, además excederse como lo ha hecho en el ejercicio jurisdiccional contraviene los objetivos de la PAC y de la política de la competencia. Aparte de los más básicos principios constitucionales de separación de poderes, que asigna exclusivamente al poder judicial la función de juzgar y hacer ejecutar o juzgado—reservando la competencia legislativa a las Cortes y, en menor medida, al poder ejecutivo⁶⁷. El Tribunal Supremo no tiene competencias legislativas ni reglamentarias, ni en materia de competencia ni en materia de regulación sectorial agrícola, y hay razones plausibles para que así sea. Los costes de este error judicial —que indirectamente, en la práctica, legitiman la creación y actividad de CECASA— son muy elevados, como lo son los efectos distorsionadores que la sentencia puede provocar⁶⁸. Por otro lado, la sentencia no puede pretender ampararse en una interpretación de la STJUE de 1 de octubre de 2009 que, en modo alguno, cabe entender que pudiera conducir a este resultado. De hecho, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010 podría, incluso, generar responsabilidad del Estado español por incumplimiento del deber de colaboración leal y de sujeción (efectiva) a las resoluciones del TJUE en materia de cuestiones prejudiciales. La paternidad de la anómala

⁶⁵ En su acepción más amplia, “*“activism” just means Judges behaving badly- and each persons fills in a different definition of “badly”*”, EASTERBROOK (2002: 401), aunque precisando más, se entiende que una de las manifestaciones radica en “*to construe the statute to do something other than what it says-something perhaps more congenial to the judge’s view of wise policy*”, EASTERBROOK (2002: 404). Véase también, BORK (1978: 82-89).

⁶⁶ “*las mismas razones existentes para justificar el almacenamiento privado subvencionado (que es al que propiamente se refiere el Reglamento 136/66) subsistenten para justificar el no subvencionado (de alcance nacional) siempre que se trate de idénticas situaciones de crisis [...] a igualdad de circunstancias objetivas debe responderse con la igualdad de medidas jurídicas*” (FJ5, párrafo 8º de la STS de 20 de enero de 2010).

⁶⁷ Artículo 117 de la Constitución Española y artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En palabras de MONTESQUIEU (1748: 194): “*judges are no more than the mouth that pronounces the words of the law, mere passive beings, incapable of moderating either its force or rigour*”.

⁶⁸ En este sentido, EASTERBROOK (1987: 309) alude al “*bias in the error-correction devices of the law*”.

exención *antitrust* para el almacenamiento privado de los oleicultores en situaciones de crisis que el Tribunal Supremo se inventa le corresponde en exclusiva.

Como ya se ha apuntado, la sentencia que se comenta introduce una nueva exención de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, en atención a circunstancias extraordinarias de crisis. La formulación de la exención en la sentencia avanza con timidez, en paralelo al discurrir de los fundamentos de la sentencia, jalonados de repetidas alusiones la STJUE de 1 de octubre de 2009, que nada decía sobre el particular. Está claro que la exención cubriría a los “*mecanismos de almacenamiento privado no subvencionado de alcance nacional*”⁶⁹, que “[c]orresponderá a las autoridades nacionales [...] en primer lugar apreciar si los “organismos” de almacenamiento ofrecen garantías suficientes”⁷⁰, que “*corresponde asimismo a aquellas autoridades verificar que se ha producido la situación objetiva y excepcional de crisis de precios cuyo desplome legitima la puesta en marcha del mecanismo de almacenamiento privado, esto es la perturbación grave del mercado que requiere su regularización*”⁷¹.

Llegados a este punto, la sentencia realiza una apelación al legislador, que es el competente, para que apruebe una norma que cristalice lo que el Tribunal Supremo ha dictaminado⁷². No se trata, sin embargo, de que el Tribunal Supremo se haya dado cuenta de su exceso y esté retrocediendo. La creatividad del Tribunal Supremo se corola con un nuevo impulso cuando afirma que, si esa norma de exención no se adoptara, esto no sería “*un obstáculo insuperable para que la Administración dé respuesta a una petición que en tal sentido le dirijan las partes interesadas. CECASA, por lo demás, podrá en todo caso impugnar jurisdiccionalmente la eventual respuesta negativa que la Administración dé, esté aprobada o no la norma a la que acabamos de referirnos, partiendo en todo caso de la admisibilidad, en principio y a reserva de todo lo expuesto, de su viabilidad como “organismo” apto para intervenir en el sistema de almacenamiento privado de aceite de oliva en las condiciones de crisis ya expuestas*”⁷³. En otras palabras, “[t]odo lo cual no obsta, como ya ha quedado dicho, a que la recurrente pueda interesar de la Administración, cuando considere que ha lugar porque se haya producido la situación de crisis de precios, que se le autorice a poner en práctica el almacenamiento privado no subvencionado”⁷⁴. En suma, el Tribunal Supremo no sólo se inventa una exención, que además es contraria al Derecho comunitario (en materia agrícola y en materia de competencia) y al Derecho nacional (en materia de competencia), sino que, además, viene a anticipar que CECASA es un claro candidato a beneficiarse de esa nueva exención y que podría reclamar ante los Tribunales si no se le concediera ese beneficio (por quien corresponda).

⁶⁹ FJ6, párrafo 1º de la STS de 20 de enero de 2010.

⁷⁰ FJ6, párrafo 2º de la STS de 20 de enero de 2010.

⁷¹ FJ6, párrafo 3º de la STS de 20 de enero de 2010 (en este punto, el diseño judicial de la exención prevé incluso la colaboración con la Comisión UE).

⁷² FJ6, párrafo 4º de la STS de 20 de enero de 2010. (“*Todo lo cual probablemente hará conveniente la aprobación de una norma interna que aporte mayor seguridad jurídica al sector*”).

⁷³ FJ6, párrafo 4º de la STS de 20 de enero de 2010.

⁷⁴ FJ7, párrafo 5º de la STS de 20 de enero de 2010.

3.3. La resurrección del difunto sistema de autorización singular.

La sentencia que se comenta sigue en su parte final por derrotados desafortunados. De vuelta a la legislación de defensa de la competencia, que era la que había motivado la resolución impugnada y uno de los motivos del recurso de casación, la sentencia no se pronuncia expresamente sobre los dos preceptos de la LDC 1989 cuya infracción había sido alegada por CECASA (el artículo 3 y 4)⁷⁵. Es cierto que esos preceptos están derogados, pero uno de ellos (artículo 3.1 de la LDC 1989), sigue en vigor actualmente [artículo 1.3 de la LDC 2007, con tenor casi idéntico al artículo 101(3) del TFUE] y, como le habían indicado claramente la STJUE de 9 de octubre de 2009 y las Conclusiones de la Abogada General, era en este marco del derecho nacional de la competencia (y no en el de una nueva exención de manufactura judicial) en el que se habría de analizar la posible existencia y actuación de CECASA⁷⁶.

Es cierto que, derogado el sistema de autorización singular por la LDC, la continuación de la tramitación de los recursos judiciales contra resoluciones que denegaban una autorización singular bajo la vigencia de la LDC 1989 no debería tener consecuencias en muchos casos, ni para los administrados, ni para la administración recurrida. En la vigencia de la nueva LDC todas las posibles exenciones, fuera de las previstas en las exenciones por categorías, se han de evaluar en el marco del artículo 1.3 de la LDC 2007. Naturalmente, en esa evaluación puede jugar como argumento de peso la existencia de una autorización singular en el pasado o el rechazo a la misma.

Sin embargo, en aquellos casos en los que el rechazo a la autorización singular se acompañara de una intimación al cese de la práctica cuya autorización se solicitaba⁷⁷, como ocurría con la RTDC de 5 de marzo de 2002 (A306/01), el pronunciamiento que en ella se contenía sobre el carácter colusorio de CECASA y la intimación a que cesase en sus actividades desplegó sus efectos desde entonces y, aunque no se dictase en el marco de un procedimiento sancionador, es obvio que afectaba negativamente a la existencia y devenir CECASA⁷⁸. No obstante, el que la Sentencia del Tribunal Supremo anule la resolución A306/01 tampoco debe llevar a concluir lo contrario (i.e., que su nulidad suponga la concesión *ex iudice* de la autorización singular).

No obstante, aunque el Tribunal Supremo no lo dice rotundamente, respecto a la exención *antitrust* que ha creado, “*nada obstaría a que aquella medida hubiera sido adoptada en el seno de un procedimiento de autorización singular por parte de las autoridades de defensa de*

⁷⁵ “Precisamente el sistema de autorización previa que regulaban los artículos 3 y 4 de la Ley 16/1989, ya derogada, permitía al Tribunal de Defensa de la Competencia dispensar del “régimen común” de prohibición a determinados acuerdos restrictivos de la competencia que, sin ella, serían perseguibles como conductas colusorias”, FJ6, 2º párrafo de la STS de 29 de octubre de 2009, recurso nº 1401/2007, Euro 6000-Sistema 4B.

⁷⁶ Ap. 55 y 58 de la STJUE de 1 de octubre de 2009 (C-505/07, CECASA) y ap.75-76 y 99 de las Conclusiones de A.G. Kokott (C-505/07, CECASA).

⁷⁷ De acuerdo con lo que a la sazón establecía el artículo 46.3 de la LDC y el artículo 14.3 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de Defensa de la Competencia.

⁷⁸ Véase FJ2, párrafo 2º del Auto del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2009. En parecidos términos, véase FJ4 de la STS de 24 de marzo de 2009.

*la competencia*⁷⁹. El Tribunal Supremo sabe que ahora eso no es posible, porque el sistema de autorización singular ha sido derogado por la nueva LDC, pero entonces falta una pieza en la exención judicial que la sentencia crea. Por eso queda la duda de si su reconocimiento de la posibilidad de solicitar autorización singular por CECASA busca una reactivación *uti singoli* del procedimiento ante la CNC en este caso (“*Todo lo cual no obsta, como ya ha quedado dicho, a que la recurrente pueda interesar de la Administración, cuando considere que ha lugar porque se haya producido la situación de crisis de precios, que se le autorice a poner en práctica el almacenamiento privado no subvencionado*”). En tal caso, supondría, en cierta medida, una suerte de resurrección del derogado sistema de autorización. Lo anterior contravendría el espíritu de la reforma que la LDC supuso, e introduciría un extraordinario riesgo de inseguridad jurídica para el sistema de aplicación de la LDC y de autoevaluación de conductas⁸⁰.

3.4. Los cárteles de crisis en el TFUE y en la LDC 2007.

A diferencia de la LDC 1989, que contenía un apartado expresamente dedicado a la posible autorización singular por el TDC de conductas anticompetitivas en situaciones de crisis al aludir a los acuerdos y medidas limitativas de la competencia “*que tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente anticompetitivo*” [artículo 3.2.b) de la LDC 1989], en la vigente LDC 2007 ese precepto ha desaparecido. En Derecho comunitario la posibilidad de amparo a un eventual cartel de crisis es aún menor y se enmarca necesariamente en el cumplimiento de las condiciones que establece el artículo 101(3) del TFUE⁸¹.

Por ello, actualmente, fuera de la regulación sectorial específica que pueda existir en determinadas materias, no es posible justificar los acuerdos o prácticas anticompetitivas por la existencia de una situación de crisis. A pesar de lo que dice el Tribunal Supremo en su sentencia, las dificultades económicas no pueden emplearse como justificación para atenuar o excluir la aplicación de las normas de defensa de la competencia⁸². Obviamente, la CNC no puede autorizar la existencia y funcionamiento de CECASA; pero tampoco otra Administración pública puede hacerlo, porque sería contrario al Derecho comunitario, salvo que la Comisión UE lo hiciera, actualmente en el marco de lo previsto en el artículo 2.1 del

⁷⁹ FJ7 párrafo 1º de la STS de 20 de enero de 2010.

⁸⁰ Como lo contravendría una eventual “resurrección” del procedimiento de autorización singular a cargo las autoridades de defensa de la competencia de las comunidades autónomas en pos de una mitificada seguridad jurídica, como propone SORIANO (2008:79-85).

⁸¹ Véase COSTAS (1997:223-291), para FIEBIG (1999) la aplicación del precepto por la Comisión UE ha sido bastante “creativa”.

⁸² Los estudios demuestran además como, cuando se utiliza como excusa la crisis económica en excluir la aplicación de las normas de defensa de la competencia, el resultado suele ser un agravamiento o empeoramiento de las dificultades económicas, véase CRANE (2008: 11): “*Allowance of anticompetitive activity should be a last resort- as much, or more so, in times of crisis as in times of calm. Antitrust is not merely a luxury for times of plenty but an aid for times of want. Particularly during economic crisis, antitrust is not a hindrance, but a help.*”

Reglamento 1184/2006⁸³ o en el artículo 176.2 del Reglamento 1234/2007.

Como el TDC dictaminó correctamente en la resolución anulada, CECASA es un cartel y debe disolverse, so pena de incurrir en una infracción del artículo 101(1) del TFUE y del artículo 1.1 la LDC 2007. En la vigencia de la LDC 1989, aunque la resolución anulada no se explayó en argumentar su rechazo a la autorización singular solicitada, verdaderamente no existía la situación de crisis que la aplicación del artículo 3.2.b) de la LDC 1989 reclamaba⁸⁴. En efecto, nada indica que cuando CECASA presentó la solicitud de autorización singular, ni con posterioridad, se hubiera producido una bajada en la demanda de aceite de oliva, como consecuencia de la cual existiera un exceso de capacidad estructural en la oferta, sobre el que se quisiera actuar⁸⁵. La demanda de aceite de oliva ha crecido tanto a nivel nacional como a nivel mundial⁸⁶. Al margen de las previsiones de la OMC en el sector de las materias grasas, que pretende atender a las necesidades de estabilidad en el mercado y a alcanzar otros objetivos de la PAC, CECASA no busca ser un instrumento de reestructuración de la producción de aceite de oliva nacional (reduciendo el eventual exceso en la capacidad de producción) sino que se trata de un mecanismo de control y regulación del mercado, que existe con el único propósito de mantener cierto nivel de los precios⁸⁷.

Al margen de la anulación de la resolución del TDC, la organización y el funcionamiento de CECASA debe actualmente analizarse en el marco de las exigencias de los artículos 101(3) del TFUE y 1.3 de la LDC 2007⁸⁸, lo que a la luz de lo que se ha afirmado en este comentario

⁸³ Lo que se antoja difícil, pues la Comisión sólo ha concedido una sola autorización en toda la historia de la disposición (y de su predecesora en el Reglamento nº 26), véanse Decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 1987 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.735- Patatas tempranas); DE COCKBORNE (1988: 299-301 y 318-320) y OTTERVANGER (1990: 211-212 y 215).

En términos generales, dado el carácter superespecial de la regulación sectorial agrícola por su situación crítica (mercados inestables, baja productividad y rentas insuficientes de los agricultores) que conlleva, como se ha visto (*supra* § 2.1), una posible exención de la aplicación de las normas de defensa de la competencia en algunos (muchos) casos, cabría pensar que sería contradictorio que existieran, además, –en atención a la crisis-mecanismos de legalización/autorización de medidas adicionales (a la PAC) para las posibles conductas en el sector de carácter anticompetitivo, véase COSTAS COMESAÑA (1997: 150).

⁸⁴ Véase COSTAS COMESAÑA (1997: 298-299).

⁸⁵ Como requerimiento a una eventual autorización singular de esta clase, véase COSTAS COMESAÑA (1997: 307).

⁸⁶ Los datos respecto a la demanda de aceite de oliva (y oliva virgen) en España hablan de una progresiva menor elasticidad-precio de la demanda y un crecimiento en la cuota de mercado frente a otros aceites vegetales, véanse CALATRAVA REQUENA Y GONZÁLEZ ROA (2003) y PARRAS ROSA (2002). En cambio, se habla de la “oferta creciente y con cierta rigidez” y de los “excedentes estructurales difíciles de mantener y de comercializar”, que dan lugar a desajustes entre oferta y demanda, véanse BRIZ Y MILI (1990).

⁸⁷ Lo que contravendría el sentido y la finalidad que cabe atribuir al artículo 3.2.b) de la LDC 1989, COSTAS COMESAÑA (1997: 307), que exigía que el eventual exceso en las capacidades productivas se corrigiera, en otras palabras: “Adecuar la oferta reduciendo sólo la cantidad de bienes ofrecidos en el mercado en un espacio determinado de tiempo, sin modificar la capacidad de producción contribuye más a la permanencia (supervivencia) del ineficaz *statu quo* empresarial, que a su saneamiento, verdadero sentido y fin del art 3.2.b) LDC”, COSTAS COMESAÑA (1997: 371). La reducción de capacidad era indispensable para que un eventual cartel de crisis pudiera ser permitido conforme al Derecho de competencia a la sazón vigente –COSTAS COMESAÑA (1997: 210)-, lo que no solía ocurrir, COSTAS COMESAÑA (1997:211-213).

⁸⁸ Véase DE COCKBORNE (1988: 313-14). Entre las que no se encuentran las situaciones de crisis, aunque el TJUE haya realizado un llamamiento genérico a tener en cuenta la coyuntura desfavorable de una empresa al

debería ineludiblemente llevar a concluir que se trata de un acuerdo anticompetitivo, una fijación de precios y una limitación de producción prohibidas por el artículo 101(1) del TFUE y por el artículo 1.1 de la LDC 2007, con lo que si CECASA inicia sus actividades la Comisión UE o la Dirección de Investigación de la CNC deberían incoar el correspondiente procedimiento sancionador.

Conclusiones

La STS de 20 de enero de 2010 constituye una muestra de activismo judicial en la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Sus pronunciamientos son criticables porque confunden y malinterpretan la interrelación entre la PAC y las normas de competencia del TFUE. A pesar de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y de la claridad con la que el Tribunal de Justicia y la Abogada General dictaminaron que el eventual establecimiento de un mecanismo de almacenamiento privado de aceite de oliva al margen de los contemplados en la correspondiente OMC debería respetar las disposiciones comunitarias y nacionales en materia de competencia, el Tribunal Supremo construye una peculiar exención *antitrust* para los almacenamientos análogos o asimilados a los previstos por la PAC cuando exista una situación de crisis en los precios.

El Tribunal Supremo no tiene como función legislar o reglamentar las exenciones a la legislación de defensa de la competencia. Si lo hace se excede del cometido que constitucionalmente tiene encomendado. Además, como este comentario ha intentado poner de relieve, la nueva exención *antitrust* de fabricación judicial suscita varios problemas desde la perspectiva de la PAC y de la defensa de la competencia.

En primer lugar, CECASA es una iniciativa extraña a la PAC y contraria a su espíritu. En la PAC un almacenamiento como el que CECASA se propone realizar deben ser autorizados por la Comisión UE (CECASA acumula dos tercios de la producción nacional de aceite de oliva). Adicionalmente, y a la vista de los condicionantes y requisitos que la regulación comunitaria impone, CECASA nunca podría ser autorizada por la Comisión UE porque supone indirectamente una fijación de precios y excluye la competencia en el mercado. Es también discutible que contribuya a alcanzar los objetivos de la PAC establecidos en el artículo 39 del TFUE. En efecto, en el marco de la OMC en el sector de las grasas ya existen herramientas comunitarias destinadas a dar estabilidad y regular el mercado del aceite de oliva.

En segundo lugar, la iniciativa planteada contraviene las normas comunitarias y nacionales de defensa de la competencia. El Derecho comunitario y nacional de la competencia es de plena aplicación a CECASA, y el almacenamiento que propone constituye una práctica de restricción de ventas y fijación indirecta de precios de venta, prohibida por el artículo 101(1) del TFUE y por el artículo 1.1 de la LDC 2007.

En tercer lugar, no es posible reestablecer el sistema de autorización singular a los efectos de evaluar la iniciativa de CECASA. Ese procedimiento ha desaparecido tanto en el plano

aplicar el artículo 101(3) del TFUE, véase ap. 43 de la STJUE de 25 de octubre de 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Comisión CE, As. 26/76, ello nunca puede conducir a permitir una restricción a la competencia consistente en la limitación de venta (para la fijación indirecta del precio) que CECASA pretende instituir.

comunitario como en el plano nacional, debiendo CECASA auto-evaluar la iniciativa que plantea a la luz del artículo 101(3) del TFUE y 1.3 de la LDC 2997.

En cuarto lugar, la posible existencia de una situación de crisis en los precios del aceite de oliva no tiene cabida entre los criterios que el artículo 101(3) del TFUE y 1.3 de la LDC consideran para que una conducta que inicialmente estaría prohibida se considere exenta por los beneficios y efectos procompetitivos de la misma. No existen argumentos de eficiencia en la producción y comercialización del aceite de oliva que justifiquen el mecanismo de almacenamiento que CECASA quiere instaurar. Además, los perjuicios para los consumidores serían evidentes (precios más elevados), difícilmente su intervención mejoraría la estabilidad del mercado y tampoco contribuiría a asegurar rentas a los oleicultores de manera sostenible.

En definitiva, son varios los motivos por los que la sentencia comentada es criticable. Sus excesos no sólo ponen en tela de juicio la revisión judicial de los pronunciamientos de la CNC, sino que también suponen un planteamiento incorrecto y una lectura errónea de la doctrina y jurisprudencia comunitaria sobre la interrelación de la PAC y la defensa de la competencia.

REFERENCIAS.**1. Normativas***1.1. Comunitaria*

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE, versión consolidada (DO n° C 115, de 9 de mayo de 2008, págs. 47-199).
- Reglamento (CE) n° 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 (Reglamento único para las OCM, DO n° L 299, de 16 de noviembre de 2007, págs. 1-149).
- Reglamento (CE) n° 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (versión codificada, DO n° L 214 de 4 de agosto de 2006, págs. 7-9).
- Reglamento (CE) n° 2768/98 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1998 relativo al régimen de ayuda al almacenamiento privado de aceite de oliva (DO n° L346, de 22 de diciembre de 1998, págs. 14-19).
- Reglamento (CE) n° 1638/98 del Consejo, de 20 de julio de 1998, que modifica el Reglamento n° 136/66/CEE por el que se establece la organización común de mercados en el sector de las materias grasas (DOCE n° L 210, de 28 de julio de 1998, págs. 32-37).
- Reglamento n°136/66/CEE del Consejo, de 22 de septiembre de 1966, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de las materias grasas (DO n° 172, de 30 de septiembre de 1966, págs. 3025-3035; edición especial en español: Capítulo 3, Tomo 1, págs. 214-224).
- Reglamento n° 26 del Consejo, de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (DO n° 30, de 20 de abril de 1962, págs. 993-994; edición especial en español: Capítulo 8, Tomo 1, págs. 29-30).

1.2. Española

- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, LDC 2007 (BOE, n° 159, de 4 de julio de 2007, págs. 28848-28872).
- Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de Defensa de la Competencia (BOE n° 52 de 29/2/1992, págs. 7106-7110). *Derogada*.
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE n° 310, de 27 de diciembre de 1989, págs. 40012-40034).
- Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, LDC 1989 (BOE, núm. 170, de 18 de julio de 1989, págs. 22747 a 22753). *Derogada*.
- Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE n° 157 de 2 de julio de 1985, págs. 20632-20678).
- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE n° 311, 29 de diciembre de 1978, págs. 29313-29424).

1.3. Norteamericana

-Capper-Volstead Act, P.L. 67-146, Co-operative Marketing Associations Act 7 U.S.C. 291-292 (2007)

2. **Jurisprudenciales y administrativas.**

2.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

-Sentencia de 1 de octubre de 2009, CECASA, C-404/07, ponente J Makarczyk. [2009]ECR *en prensa*.

-Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, CECASA, C-404/07, de 12 de febrero de 2009. [2009]ECR *en prensa*.

-Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Milk Marque y National Farmers' Union, C-137/00, ponente V. Skouris. [2003]ECR I-7975.

-Conclusiones de la Abogado General Sra. Christine Stix-Hackl, Milk Marque y National Farmers' Union, C-137/00, de 17 de septiembre de 2002. 2003]ECR I-7975.

-Sentencia de 30 de marzo de 2000, Coöperatieve Vereniging De Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer BA (VBA), Florimex BV y Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten (VGB) y Comisión CE, C-265/97P, ponente P. Jann. [2000]ECR II-4987.

-Sentencia de 12 diciembre 1995Hendrik Evert Dijkstra et al. c. Friesland (Frico Domo) Coöperatie BA eta al.,C-319/93, C-40/94 y C-224/94, ponente J. C. Moitinho de Almeida. [1995]ECR I-4471.

-Sentencia de 12 de diciembre de 1995, H. G. Oude Luttikhuis and others v Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA, C -399/93, **ponente D.A.O. Edward.** [1995]ECR I-0451.

-Sentencia de 5 de octubre de 1994, R.F. Alemania C. Consejo CE, C-280/93, ponente F.A. Schockweiler. [1994]ECR I-04973.

-Sentencia de 29 de octubre de 1980, Maizena GmbH c. Consejo CE, As. 139/79, ponente Mackenzie Stuart. [1980]ECR- 3393.

-Sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Comisión CE, As. 26/76. [1977]ECR-1875.

-Sentencia de 15 de mayo de 1975, Nederlandse Vereniging voor de fruit- en groentenimporthandel, Nederlandse Bond van grossiers in zuidvruchten en ander geïmporteerd fruit "Frubo" c. Comisión CE y Vereniging de Fruitunie, As. 71-74. [1975]ECR-563.

2.2. Tribunal General de la Unión Europea.

-Sentencia de 14 de mayo de 1997, Florimex BV y Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten c. Comisión CE, **T-70/92 y T-71/92.** [1997]ECR II-00693.

2.3. Tribunal Supremo (Sala 3ª)

Sentencia de 20 de enero de 2010 , recurso nº 6926/2005, CECASA, ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona.

Auto de 26 de marzo de 2009, recurso nº 6926/2005, CECASA, ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona.

Sentencia de 10 de diciembre de 2009, recurso nº 970/2008, SOS-Cuétara, ponente D. José Díaz Delgado.

Sentencia de 29 de octubre de 2009, recurso nº 1401/2007, Euro 6000-Sistema 4B, ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona.

Sentencia de 24 de marzo de 2009, recurso nº 5115/2006, Estadísticas Cerveceros, ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

Sentencia de 15 de julio de 2002, recurso nº 6171/96, Aceite de Oliva, ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona.

Sentencia de 8 de marzo de 2002, recurso nº 7512/95, Aceite de Oliva, ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona.

2.4. Audiencia Nacional

Sentencia de 22 de julio de 2005, recurso nº 306/2002, ponente D. Santiago Pablo Soldevilla Fragoso.

2.5. Comisión UE

Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1998 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/35.280-Sicasov), DOCE nº L4, de 8 de enero de 1999, págs. 27-40.

Decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 1987 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.735-Patatas tempranas), DOCE nº L59, de 4 de marzo de 1988, págs. 25-31.

2.6. Comisión Nacional de la Competencia (CNC) /Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)

-Resolución de 4 de junio de 2009 (E2779/07, Consejo Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar), ponente D. Miguel Cuerdo Mir.

-Resolución de 26 de noviembre de 2008 (2790/07, UPA/CL), ponente Dª. Pilar Sánchez Núñez.

-Resolución de 21 de julio de 2007 (612/06, Aceites 2), ponente D. Javier Huerta Trólez, con voto particular discrepante de D. Fernando Torremocha y García-Sáenz.

-Resolución de 30 de marzo de 2004 (A329/02, Estadísticas Cerveceros), ponente D. Miguel Comenge Puig.

-Resolución de 5 de marzo de 2002 (A306/01, Comercialización Aceite), ponente D. Antonio Castañeda Boniche.

-Resolución de 8 de julio de 1992 (294/91, Aceites), ponente D. Joaquín Martín Canivell.

3. Doctrinales

-BAUMER, DAVID L., ROBERT T. MASSON Y ROBIN ABRAHAMSON (1986): "Curdling the competition: An economic and legal analysis of the antitrust exemption for agriculture", VILLANOVA LAW REVIEW, vol. 31/1: 183-252.

-BORK, ROBERT H. (1978): *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*, Basic Books: Nueva York.

-BRIZ ESCRIBANO, JULIÁN Y SAMIR MILI (1990): "El mercado del aceite de oliva en Madrid: elementos determinantes a nivel minorista", REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES, nº 154: 127-152.

-CALATRAVA REQUENA, JAVIER Y M^a CARMEN GONZÁLEZ ROA (2003): EL CONSUMO DE ACEITES DE OLIVA EN ESPAÑA: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y DEL POTENCIAL DE DEMANDA, CAO98-017 (disponible en http://www.inia.es/gcontrec/pub/elconsumo_1085039815281.pdf, visitada el 08.04.10).

-COMISIÓN UE (2010): THE INTERFACE BETWEEN EU COMPETITION POLICY AND THE COMMON AGRICULTURE POLICY (CAP): COMPETITION RULES APPLICABLE TO COOPERATION AGREEMENTS BETWEEN FARMERS IN THE DAIRY SECTOR, DG Competition, Working Paper, 16 de febrero (disponible en http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/working_paper_dairy.pdf visitada el 08.04.10).

-COSTAS COMESAÑA, JULIO (1997): LOS CÁRTELES DE CRISIS. CRISIS ECONÓMICA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Marcial Pons: Madrid-Barcelona.

-CRANE, DANIEL A. (2008): "Antitrust Enforcement During National Crisis: An Unhappy History", GLOBAL COMPETITION POLICY, Diciembre 08-1: 1-11 (disponible en http://www.crdi.ca/uploads/user-S/12459370961D_Crane_paper.pdf visitada el 08.04.10).

-DAHL, DALE C. Y WINSTON W. GRANT (2005): ANTITRUST AND AGRICULTURE, University Press of the Pacific: Honolulu.

-DE COCKBORNE, JEAN-ERIC (1988): "Les règles communautaires de concurrence applicables aux entreprises dans le domaine agricole", REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT EUROPÉEN, 1988/2: 293-321.

-EASTERBROOK, FRANK H. (2002): "Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?" 73 *University of Colorado Law Review*, vol. 73: 1403-1416.

-EASTERBROOK, FRANK H. (1987): "Allocating Antitrust Decision Making Tasks", GEORGETOWN LAW JOURNAL, vol. 76: 305-320.

-EASTERBROOK, FRANK H. (1984): "Legal interpretation and the power of the judiciary", HARVARD JOURNAL OF LAW AND POLICY, vol. 7: 87-89.

-FIEBIG, ANDRÉ (1999): "Crisis cartels and the Triumph of Industrial policy over Competition in Europe", BROOKLYN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 25: 607-638.

-MATÉ, VIDAL (2000): "Las Almanzaras olivareas constituyen CECASA", AGRICULTURA: REVISTA AGROPECUARIA, 69/817: 483

- MONTESQUIEU, M. DE SECONDAT (1748): THE SPIRIT OF LAWS, Special Edition, The Legal Classics Library, Birmingham (Alabama): The John D. Lucas Printing Company, reimpr. 1984.
- NEDERGAARD, PETER (2006): “Market failures and government failures: A theoretical model of the common agricultural policy”, PUBLIC CHOICE, vol. 127: 393–413
- OCDE (2007), “Competition and Regulation in Agriculture”, OECD JOURNAL OF COMPETITION LAW AND POLICY, vol. 9/2: 93-99 y 141-163.
- PARRAS ROSA, MANUEL (2002): “El comportamiento del consumidor y la demanda de aceites vegetales en España: oliva virgen versus oliva/girasol”, ESTUDIOS AGROSOCIALES Y PESQUEROS, nº 192: 161-193 (disponible en http://www.mapa.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf_recap/r192_07.pdf, visitada el 08.04.10).
- PEYDRO AZNAR, JORGE (1992): “Competencia en la agricultura: especialidades del Derecho comunitario”, NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA, nº 91-92: 57-62.
- OTTERVANGER, TOM R. (1990): “Antitrust and agriculture in the common market”, en FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE 1990, Juris Publications: Nueva York, 203 -223.
- PETRICK, MARTIN (2008) : “The Co-evolution of Semantics and Policy Paradigms: 50 Years of Europe’s Common Agricultural Policy”, INTERECONOMICS, 46/4: 246-252.
- REICH, ARIE (2007): “The Agricultural Exemption in Antitrust Law: A Comparative Look at the Political Economy of Market Regulation“, TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol. 42: 843-874.
- RIESENFELD, STEFAN A. (1965): “Common Market for Agricultural Products and Common Agricultural Policy in the European Economic Community”, UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW FORUM, 1965-: 658-683.
- RITTER, LENNART Y W. DAVID BRAUN (2004): EUROPEAN COMPETITION LAW: A PRACTITIONER’S GUIDE, 3ª Ed., Kluwer Law International: La Haya.
- SORIANO, JOSÉ EUGENIO (2007): La defensa de la competencia en España, Iustel: Madrid,
- VAUGHAN, DAVID, SARAH LEE, BRIAN KENNELLY Y PHILIP RICHES (2006): EU COMPETITION LAW: GENERAL PRINCIPLES, Richmond: Richmond.