

Id Cendoj: 28079230062005100730
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 306 / 2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de julio de dos mil cinco.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 306/2002 seguido a instancia de la "Compañía Española de Comercialización de Aceite SA" (**CECASA**), representada por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Castillo Sánchez, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han comparecido, en calidad de codemandados, la "Asociación Española de la Industria y Comercio de Aceite de Oliva (ASOLIVA), con asistencia letrada y representada por la Procurador D^a María Albarracín Pascual, y la "Asociación Nacional de Industriales y Refinadores de Aceites (ANIERAC).

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 5 de marzo de 2002, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó resolución por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone:

No autorizar los acuerdos de constitución de la empresa en participación Compañía Española de Comercialización de Aceite SA (**CECASA**) para la comercialización del aceite de oliva.

Intimar a dicha **CECASA** y a las demás entidades partícipes para que desistan de todas las prácticas que puedan derivarse de los mencionados acuerdos.

Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada los siguientes:

1) **CECASA** es una Empresa en Participación de carácter cooperativo que tiene por objeto principal la coordinación del comportamiento de sus socios en relación con los volúmenes de venta puestos a

disposición del mercado en una determinada campaña, volúmenes que en última instancia y para una demanda dada son los que determinan los precios del producto objeto de intervención.

2) El 5 de abril de 2001 solicitó al SDC la autorización singular para su funcionamiento en la comercialización del aceite de oliva, cuyo objeto principal es evitar el hundimiento de su precio por debajo de un determinado nivel en las campañas excedentarias.

3) El 4 de octubre de 2001 el SDC emitió informe señalando en conclusión que no procedía conceder la autorización solicitada. Tras calificar a **CECASA** como un cártel que agrupa el 68% de la producción nacional del aceite de oliva y que pretende actuar sobre los precios del mercado, afirma que no existen razones para pensar que el citado acuerdo permita mejorar la producción y comercialización del aceite de oliva ni ventajas para los consumidores ya que el acuerdo tiene por objeto la compra por **CECASA** de los excesos de producción sin obligarse a su venta en tiempos de escasez. Tampoco estima que el Acuerdo promueva la exportación y búsqueda de nuevos mercados, siendo relevante el mercado afectado y sin que puedan autorizarse acuerdos al margen de la regulación de la PAC.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda, tras describir la relación profesional existente entre las distintas personas que intervienen en el mercado afectado, se basó en las siguientes consideraciones:

1) Infracción del *art. 24.2 CE y 81.1 y 2 Ley 30/1992, y art. 13 del RD 157/1992 de 21 de febrero* por parte del TDC: Censura el tratamiento dado por el TDC a la admisión y práctica de la prueba en el curso del procedimiento que ha dado lugar a la resolución impugnada. El TDC admitió la prueba documental propuesta por ASOLIVA a pesar de que la proposición era extemporánea, siendo la base en la que se apoya la resolución recurrida. Por otra parte subraya que la prueba propuesta por la recurrente tendente a acreditar la fijación del mercado relevante y sus magnitudes, fue declarada inadmisibles e invoca la STC de 11 de febrero de 2002 que extiende la aplicación del *art. 24.2 CE* al procedimiento administrativo en general y en concreto el principio de igualdad entre las partes.

2) Anulabilidad del procedimiento por infracción del *art. 1.1 LDC* : Hay indefinición y falta de precisión en la delimitación del mercado relevante por parte del TDC y SDC.

3) Infracción del *art. 38 CE y 89.2 Ley 30/1992* por incongruencia y desviación de poder: La decisión del TDC de no autorizar la constitución de **CECASA** excede los límites de la cuestión que le fue planteada, pues su objeto social es múltiple y la negativa a autorizar su constitución le impide el ejercicio del derecho a la libertad de empresa sin haber existido proceso previo al respecto. El objeto de la solicitud de la recurrente es la autorización de la conducta consistente en la compra por la recurrente de aceite de oliva con fines de almacenamiento privado temporal, teniendo en cuenta que la adquisición sólo tendría lugar en el supuesto de que el precio del producto resultara inferior al 95% del antiguo precio comunitario de intervención, lo que es distinto de lo consignado por el SDC.

4) Infracción del principio de confianza legítima ya que el TDC en otros casos, que acompaña, ha autorizado conductas de fijación directa de precios:

5) Infracción del *Reglamento CE 1638/98* : El TDC incurre en el error de considerar que el *Reglamento CE 1638/98, art. 1.8* , al reformar la OCM de materias grasas ha abierto a la libre competencia el mercado del aceite de oliva, cuando dicha norma es proteccionista en materia de precios, pues si bien el precio de intervención desaparece, subsiste un instrumento reglamentario europeo de retirada temporal de aceite de oliva excedentario consistente en un almacenamiento de gestión privada del mismo y cuyo objetivo es una elevación sensible de los precios practicados como consecuencia de la disminución de la oferta. Se fija en un 95% del último precio de intervención el umbral a partir del cual se permite el almacenamiento y se sujeta a una autorización administrativa.

6) Infracción del *art. 96.1 CE* por infracción del *Reglamento nº 26 del Consejo de 4 de abril de 1962* : La derogación de la *Ley 110/1963* por la LCD no supone la derogación del *Reglamento 26/62 del Consejo* . El TDC confunde la PAC con el derecho de la competencia y sus normas específicas sectoriales agrícolas, subrayando que el *Reglamento 1638/98* no derogó el *Reglamento 26/62 que ha sido expresamente declarado vigente por la Comunicación de la Comisión (2001/C 3/02)* . La reforma del *Reglamento 1638/98* no afectó a las reglas sobre la libre competencia, pues se limitó a sustituir el precio de intervención por el que la Comunidad Europea adquiriría el aceite excedentario y que actuaba como precio de garantía para los agricultores y mínimo para el consumidor, por una ayuda a la producción. El citado Reglamento no derogó

las normas especiales agrícolas que por definición son horizontales, subrayando que cada producto posee su propia OCM en las que se tiende a eliminar el exceso de producción de aquellos bienes en excedencia

7) Infracción del *Reglamento Comunitario 26/62* : Invoca los *art. 33 y 36* del TCCE en relación con la PAC y sus objetivos entre los que figura el aseguramiento de productos a precios razonables, y la consiguiente limitación de las reglas de la libre competencia en este sector de lo que es ejemplo el *Reglamento 26/62 que establece reglas sobre la competencia más allá de lo que fije cada OCM. Invoca el art. 2.1* que declara la inaplicabilidad del *art. 85.1* del Tratado a los acuerdos que forman parte de una organización nacional de mercado, que en España no existe, o que sean necesarios para la realización de los objetivos de la PAC, y en particular no se aplicará a los Acuerdos de asociaciones de agricultores pertenecientes a un solo Estado miembro en la medida en que sin llevar consigo la obligación de aplicar un precio determinado afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas. Esta última excepción concurre en este caso, ya que el almacenamiento privado que propone la recurrente, completa el almacenamiento privado organizado por la Comisión por la vía del *art. 12 bis del Reglamento 136/66* añadido por el *Reglamento 1638/98* . La recurrente reúne todos los requisitos necesarios para la autorización: a) El aceite de oliva es uno de los productos incluidos en el Anexo a que se refiere el *art. 1 del Reglamento 26/62* , b) **CECASA** tiene por objeto esencial la producción y comercialización del aceite de oliva, sus socios son productores y almacenadores de aceite de oliva, c) **CECASA** es de nacionalidad española así como sus socios, d) La práctica cuya autorización se solicita no lleva consigo la obligación de aplicar un precio determinado, pues no es un cártel de precios, ya que lo único que pretende es poder adquirir en el mercado para su almacenamiento temporal acierte de oliva un precio por debajo del determinante de la actual residual intervención comunitaria y ello en cantidades escasas por serlo sus recursos. e) La práctica comporta parcialmente la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento. Invoca la STJCE de 12 de diciembre de 1995, Asunto Friesland y señala que procede la autorización por aplicación del *art. 2, incisos 1 y 2* , subrayando que una vez acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos, será la carga de la prueba de la compatibilidad de la actuación con el Derecho de la Competencia, de cuenta de la Comisión (TDC).

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

1) Niega que concurren en este caso los presupuestos para autorizar la conducta que se pretende: Subraya que la decisión del TDC de denegar la autorización de la conducta, entra dentro de lo que se denomina discrecionalidad técnica y por lo tanto no es revisable, salvo que incurra en arbitrariedad. No se ha acreditado que los Acuerdos supongan un beneficio para los consumidores, ya que sólo beneficia a los productores que pasan a controlar el mercado mediante un acuerdo horizontal. Tampoco se ha acreditado que concurren los requisitos exigidos por el *art. 3 de la LDC* .

2) La denegación de prueba debe reputarse correcta, pues era intrascendente para la resolución de la cuestión planteada.

CUARTO:- D^a María Albarracín Pascual, en la representación que ostenta (ASOLIVA), solicitó la desestimación de la demanda con arreglo a los siguientes argumentos: 1) **CECASA** , con su actuación, pretende fijar los precios de venta del aceite con infracción del *art. 1 de la LDC* . Carece de sentido que cuando la Unión Europea decide suprimir la intervención pública en el sector creando una OCM, surja una entidad privada con dicho fin repercutiendo en los mercados internacionales. 2) Niega que concurren los requisitos exigidos por el *art. 3 de la LDC* para proceder a una autorización singular, en esencia con los mismos argumentos que el TDC.

QUINTO:- D. Fernando Bermúdez de Castro Rosillo, en la representación que ostenta (ANIERAC), solicitó la desestimación de la demanda, con arreglo a los siguientes argumentos: 1) Niega que haya existido indefensión de tipo alguno pues puesto que la prueba que tacha de indebidamente admitida no tuvo relevancia para justificar el fallo y las pruebas rechazadas eran irrelevantes. 2) No concurren los presupuestos establecidos en el *art. 3 LDC* para autorizar la conducta prohibida pues su objetivo es el control de los precios en beneficio de los productores. 3) No hay infracción de la normativa comunitaria, pues el *Reglamento 1638/98* creó la OCM y suprimió la intervención por entender que desestabilizaba el mercado. La concesión de la autorización supondría una perturbación de la libre competencia.

SEXTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEPTIMO:- Señalado el día 12 de julio de 2005 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión

del Tribunal señalada al efecto.

OCTAVO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Las cuestiones que se plantean en el presente proceso son las siguientes:

1) Determinar el ajuste legal de la resolución impugnada desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en lo que respecta a la denegación de la prueba solicitada por la recurrente destinada a fijar el mercado relevante y la admisión de la prueba propuesta por ASOLIVA de forma extemporánea y sin diferenciar entre la fase de proposición y la de admisión.

2) Determinar la corrección legal de la definición del mercado relevante de producto realizado por la resolución impugnada al hacer mención al "aceite de oliva extra" que sin embargo no aparece relacionado en la OCM Comunitaria (Reglamentos 1638/98 y 136/66), error que la recurrente no estima subsanable.

3) Valorar la posible vulneración del *artículo 38 CE*, del principio de congruencia, en la medida en que el TDC prohíbe a la recurrente su constitución como empresa de participación, lo que excede de la petición de autorización que solo afecta a la realización de la actividad de compra de excedente de aceite de oliva para su almacenamiento privado temporal cuando su precio en el mercado español baje del 95% del antiguo precio comunitario de intervención. También valorar la posible infracción del principio de confianza legítima en la medida en que el TDC ha procedido en otras resoluciones a autorizar conductas similares sin tomar en consideración los argumentos que han servido de base para denegar la autorización solicitada.

4) Determinar si ha existido infracción del *art. 1.8 del Reglamento CE 1638/98* que introduce el *art. 12 bis en el RD 136/98* por el que se establece la OCM en el sector de materias grasas, y en concreto si esta norma puede ser título habilitante para la conducta que pretende desarrollar la recurrente.

5) Determinar si ha existido violación del *artículo 96.1 de la CE* por infracción del *Reglamento nº 26 del Consejo de 4 de abril de 1962*, en la medida en que se inaplica el citado *Reglamento Comunitario*, que en sus *artículos 1 y 2 permite excepcionar la aplicación del art. 85.1* del Tratado.

SEGUNDO: La primera de las cuestiones planteada no puede tener acogida favorable por cuanto, como se indica en la resolución recurrida (FJ 1), el TDC no tomó en consideración para fundar el fallo la prueba consistente en cierta información de prensa aportada por ASOLIVA, y admitida según el planteamiento de la recurrente de forma irregular. En efecto, el examen de los FJ 4 a 6 de la resolución recurrida, en los que se concentra la "ratio decidendi" del caso, pone de manifiesto que en ningún momento se apoyó la argumentación en la referida información de prensa, pues el discurso del TDC se centra en el examen e interpretación de la normativa aplicable y de los términos en que se formuló la petición de autorización, por lo que aún en el supuesto de que estuviéramos en presencia de una conducta irregular, de ésta no se deriva ningún perjuicio material para las partes por lo que no puede tener la eficacia anulatoria que se predica. Tampoco puede calificarse como indebida la denegación de la prueba propuesta por la recurrente en aras a la definición del mercado relevante de producto, pues se trató de un error, reconocido por el TDC, puramente nominal y sin trascendencia, hasta el extremo que la propia recurrente no ha podido concretar en su escrito de demanda el alcance de dicha irregularidad, por lo que nuevamente no puede conferirse a la misma el carácter anulatorio pretendido, máxime cuando la cuestión sometida a enjuiciamiento es de carácter jurídico. No existe en consecuencia la vulneración del *art. 24 CE* sostenida por la recurrente, ni tampoco sentencia alguna del TC de fecha 11 de febrero de 2002 que extienda al procedimiento administrativo ordinario la protección del *art. 24 CE*, como se desprende del examen de las SSTC 25, 26, 27 y 31/2002, todas las dictadas en la fecha señalada por la recurrente y que sostiene la doctrina tradicional del TC, limitando la aplicación del dicho precepto al proceso judicial y al procedimiento administrativo sancionador.

En la segunda cuestión planteada, íntimamente vinculada con la denegación de prueba antes analizada, tampoco puede prosperar la tesis de la recurrente, pues la falta de precisión por parte del TDC en la delimitación del mercado relevante no puede tener las consecuencias que se pretenden dada la falta de trascendencia que la resolución del presente caso tiene el tema debatido.

TERCERO: Por lo que a la tercera de las cuestiones se refiere, no cabe duda de que una lectura

literal de la resolución objeto de recurso puede dar cabida a la reclamación de la recurrente, y en esa medida debe ser rectificadas la resolución del TDC, pues en efecto, no puede resolverse cuestión distinta de la pedida, y singularmente, responder a una petición de autorización sobre una actividad con el cierre total de la entidad peticionaria. No obstante lo anterior, debe precisarse que la obligada rectificación de este extremo no priva de contenido y sentido a la resolución del TDC, pues, según consta en el expediente (folio 3) el principal cometido de la Sociedad recurrente según sus propias manifestaciones, es evitar el hundimiento de precios en un mercado sin intervención pública, eliminada tras la última reforma de la OCM.

En definitiva, 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 quede 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. Finalmente en esta apartado no podemos compartir el argumento de la recurrente en el sentido de que se ha infringido el principio de confianza legítima que entendemos inaplicable al presente caso ya que no se ha producido un cambio normativo o de actuación en la Administración que haya sorprendido la buena fe de la recurrente y por esa causa le haya causado un perjuicio, pues a lo sumo podría invocarse la infracción del principio de igualdad imputable a la Administración por apartarse indebidamente de sus precedente, cuestión que tampoco compartimos, pues no existe la identidad requerida para ello, debiendo subrayarse además que en los supuestos de contraste aportados se aprecia la existencia de un beneficio para los consumidores.

CUARTO: Por lo que respecta a las cuestiones de fondo planteadas en la demanda, nuevamente debemos dar una respuesta negativa a la pretensión de la recurrente. En primer lugar, no cabe duda alguna de que la concertación realizada por las entidades agrupadas en torno a la recurrente es en principio contraria a la Libre Competencia (*art.1.1.Ley 16/1989*) LDC), extremo que es reconocido por la misma recurrente en la medida en que solicitada una autorización singular. En esencia, la agrupación de gran parte del sector productor de aceite pretende que en determinados supuestos tasados, esencialmente cuando por exceso de producción caigan los precios por debajo de un determinado umbral, pueda compararlo en grandes cantidades y retenerlo hasta que el precio empiece a subir, y ello en atención a unos supuestos beneficios del consumidor que no se ha acreditado y sin que tampoco exista amparo normativo alguno para ello, pues la pretendida cobertura que invoca la recurrente (*art. 1.8 del Reglamento 1638/98*) se refiere a actuaciones de intervención en supuestos tasados (caída del precio por debajo del 95% del antiguo precio de intervención), que son ciertamente los que invoca la recurrente, pero siempre que dicha actuación la realicen "organismos" y no entidades privadas como sin fundamento pretende la recurrente, pues es precisamente las reforma invocada por la recurrente la que liberaliza el mercado, permitiendo, lógicamente, la pervivencia de mecanismos de salvaguardia para situaciones de crisis, que por su propia naturaleza y por la misma lógica del sentido de la reforma y de la gravedad de la situación en la que se aplican no pueden dejarse en manos privadas. En este sentido es esclarecedora la Decisión 468, del Consejo, de 28 de junio de 1999 por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.

Por otra parte no se ha acreditado la concurrencia de los presupuestos que de acuerdo con el *art. 3 de la LDC* permiten la concesión de la autorización, como son la justificación de la mejora en la prestación o comercialización de bienes y servicios o de progreso técnico o económico, y por otra parte el cumplimiento de tres requisitos adicionales y conjuntos como son, que se produzca un beneficio para los consumidores, que sólo se impongan las restricciones que se estimen indispensables y que no se elimine la competencia. No consta que en presente caso se produzca una mejora en la prestación de bienes, servicios o en la comercialización como consecuencia de la conducta cuya autorización se pretende, pues el confesado objetivo de la misma es el mantenimiento de precios, cierto que en determinadas circunstancias, en contra de las fluctuaciones del mercado sin que exista apoderamiento legal a favor de asociaciones privadas, para tal fin por lo que sin mas argumento puede concluirse que procede la confirmación del acto impugnado por este motivo.

QUINTO: Finalmente, y respecto a la denunciada inaplicación del *Reglamento comunitario 26/1962*, debemos compartir sin género de dudas el planteamiento teórico de la recurrente, pues indudablemente una Ley interna española no puede modificar un Reglamento Comunitario, y tampoco cabe duda de que el régimen general del Derecho de la Competencia sufre importantes limitaciones cuando se aplica a un sector tradicionalmente intervenido como es el agrícola. Sin embargo no podemos compartir la afirmación de la recurrente en el sentido de que el *Reglamento 26/1962 reconoce sin más sus pretensiones, pues una detallada lectura de su art. 2* nos confirma, de acuerdo con la tesis de la recurrente, que efectivamente, el régimen agrario está sujeto a un tratamiento singular en materia de libre competencia, pero no hasta el extremo de que pueda eliminarla, apoderando el citado Reglamento a la Comisión para que verifique esta

circunstancia. Eso es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso, en el que el TDC llega a la conclusión de que 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.

SEXTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA* .

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado, sin perjuicio de la limitación del alcance de la Resolución del TDC que se expone en el FJ 3 de esta Sentencia. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.