

La ley de la cadena de valor de productos agrícolas (I)

Derecho de la competencia y contratos

Ángel García Vidal

Profesor acreditado como catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela
Consejero académico (asesor externo) de Gómez-Acebo & Pombo

En el presente documento se analiza la reforma que se acaba de aprobar, con carácter urgente, de la Ley 12/2013, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

El Real Decreto Ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación, ha modificado en varios puntos la Ley 12/2013, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, con la intención de atajar la que en la exposición de motivos se denomina *situación de crisis sin precedentes del sector agrario*.

1. Medidas relativas a la fijación de precios

En la exposición de motivos del Real Decreto Ley 5/2020 se identifica como una de las causas de la crisis del sector «la falta de equilibrio en la fijación de precios en la cadena alimentaria», lo que, por lo demás, está en la base de las movilizaciones y protestas de los productores, ante las que reacciona el Gobierno introduciendo distintas disposiciones.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

1.1. *Contratos entre el productor primario y el primer comprador: la inclusión en el precio del coste efectivo de producción*

- a) Como es sabido, en el artículo 9 de la Ley 12/2013 se establece el contenido mínimo de los contratos alimentarios (contratos de compraventa o suministro de productos alimentarios o alimenticios e insumos alimentarios), que han de redactarse por escrito e incluir una serie de menciones obligatorias, entre las que se encuentra el precio (art. 9.1c).

A este respecto, el Real Decreto Ley 5/2020 mantiene la obligación de incluir una indicación expresa de todos los pagos, incluidos los descuentos aplicables, que se determinarán en cuantía fija o variable. Y, en este último caso, el precio «se determinará en función únicamente de factores objetivos, verificables, no manipulables y expresamente establecidos en el contrato».

La nueva redacción del artículo 9.1c de la ley, introducida por el Real Decreto Ley 5/2020, también mantiene la indicación de que esos factores variables pueden ser elementos «tales como la evolución de la situación del mercado, el volumen entregado y la calidad o composición del producto, entre otros», pero establece la obligación de aplicar un determinado factor y la prohibición de atender a otros.

- b) Por lo que toca al factor obligatorio, se preceptúa que «[e]n todo caso, uno de los factores deberá ser el coste efectivo de producción del producto objeto del contrato, calculado teniendo en cuenta los costes de producción del operador efectivamente incurridos, asumidos o similares. En el caso de las explotaciones agrarias se tendrán en cuenta factores tales como las semillas y plantas de vivero, fertilizantes, pesticidas, combustibles y energía, maquinaria, reparaciones, costes de riego, alimentos para los animales, gastos veterinarios, trabajos contratados o mano de obra asalariada. Se entenderá[n] por factores objetivos aquellos que sean imparciales, fijados con independencia de las partes y que tengan como referencia datos de consulta pública. En el caso de las explotaciones agrarias, éstos serán tales como los datos relativos a los costes efectivos de las explotaciones publicados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación».

Por lo demás, en los contratos alimentarios entre el productor primario agrario, ganadero, pesquero o forestal o una agrupación de éstos y su primer comprador, no sólo es obligatorio tener en cuenta los costes de producción al fijar el precio, sino que es preciso indicar expresamente que el precio pactado cubre tal coste, según exige la nueva letra j del artículo 9.1 de la Ley 12/2013.

Como complemento al carácter obligatorio de este factor de fijación del precio, se prohíbe la utilización de otros factores, disponiéndose que «en ningún caso se

utilizarán factores que hagan referencia a precios participados por otros operadores o por el propio operador», pues se trata de factores que pueden llevar a que el precio no cubra los costes de producción.

- c) En caso de no fijar el precio conforme a estos parámetros se incurrirá en la nueva práctica comercial abusiva de destrucción de valor de la cadena introducida por el Real Decreto Ley 5/2020 en el artículo 12 *ter* de la Ley 12/2013, considerándose además la conducta como una infracción grave, sujeta al régimen sancionador de la referida ley. Así se establece en el nuevo párrafo que se añade al artículo 23.2 de la ley, que tipifica como infracción grave, además de no formalizar por escrito los contratos alimentarios (que antes era una infracción leve), «no incorporar en el contrato alimentario el precio recogido en el artículo 9.1c», realizar modificaciones del precio incluido en el contrato que no estén expresamente pactadas por las partes, y las conductas de destrucción de valor en la cadena alimentaria conforme al artículo 12 *ter*.

1.2. *Los sucesivos contratos alimentarios de la cadena*

Una vez que el primer comprador ha adquirido el producto del productor primario (respetando el coste de producción), los ulteriores contratos que se celebren dentro de la cadena alimentaria tampoco pueden ser a pérdida.

La redacción del nuevo artículo 9.1c sobre la fijación del precio teniendo en cuenta los costes de producción también parece aplicable a los sucesivos contratos de la cadena alimentaria, aunque cabría dudarlo a la vista del hecho de que la letra *j* alude sólo a los contratos con el productor primario.

Pero, en todo caso, la nueva práctica abusiva de destrucción de valor recogida en el artículo 12 *ter* de la Ley 12/2013 no sólo se refiere a los contratos con los productores primarios, sino a cualquier contrato entre operadores. En efecto, según el nuevo precepto, «con el fin de evitar la destrucción del valor en la cadena alimentaria, cada operador de la misma deberá pagar al operador inmediatamente anterior un precio igual o superior al coste efectivo de producción de tal producto en que efectivamente haya incurrido o asumido dicho operador. La acreditación se realizará conforme a los medios de prueba admitidos en Derecho». El incumplimiento de esta norma se considera infracción grave de la Ley 12/2013.

Esta disposición no se aplica a los contratos con los consumidores finales, que están al margen de la Ley 12/2013. Recuérdese que el artículo 5*f* de la ley excluye del concepto de 'contrato alimentario' los contratos con los consumidores y que, en el artículo 5*c*, se define 'operador' como «la persona física o jurídica del sector alimentario, incluyendo una agrupación, central o empresa conjunta de compra o de venta, que realiza alguna actividad económica en el ámbito de la cadena alimentaria», lo que deja claramente al margen a los consumidores finales.

Por lo tanto, cuando un operador celebre un contrato con un consumidor final, podrá venderse a pérdida, aunque en el inciso final del artículo 12 *ter* se insiste en que «el operador que realice la venta final del producto al consumidor en ningún caso podrá repercutir a ninguno de los operadores anteriores su riesgo empresarial derivado de su política comercial en materia de precios ofertados al público».

1.3. *Encaje de la nueva normativa en el contexto general de la regulación de la venta a pérdida*

Esta nueva regulación sobre la fijación de precios (que se declara expresamente aplicable al sector lácteo en la nueva redacción de la disposición adicional quinta de la Ley 12/2013) supone una prohibición legal de la venta a pérdida en las ventas al por mayor y una excepción a la regla general que la admite tanto en la venta mayorista como en la minorista (art. 14 y disp. adic. sexta de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista).

En todo caso, como se ha dicho, se permite la venta a pérdida en los contratos con el consumidor, entre otras cosas, para respetar la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 19 de octubre del 2017, asunto *Europamur*, C-295/16, en la que consideró contrario a la directiva de prácticas comerciales desleales el establecimiento de una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida.

2. **La regulación de nuevas prácticas comerciales abusivas relacionadas con la promoción de los productos**

2.1. El Real Decreto Ley 5/2020 introduce un nuevo artículo 12 *bis* en la Ley 12/2013, sobre actividades promocionales, en el que se dispone que el lanzamiento y desarrollo de promociones deberá realizarse basándose en los principios de acuerdo y libertad de pactos, interés mutuo y flexibilidad para adaptarse a las circunstancias particulares de los distintos operadores.

Además, los pactos sobre promociones comerciales se respetarán en su naturaleza e integridad. Dichos pactos, que deberán contar con el acuerdo explícito de ambas partes, recogerán los aspectos que definen la promoción: los plazos (fechas de inicio y finalización), los precios de cesión, los volúmenes y aquellas otras cuestiones que sean de interés, así como también los aspectos de la promoción relativos al procedimiento, el tipo, el desarrollo, la cobertura geográfica y la evaluación del resultado de ésta.

Finalmente, se dispone que no se realizarán actividades promocionales que induzcan a error sobre el precio e imagen de los productos o que perjudiquen la percepción en la cadena sobre la calidad o el valor de los productos. Se trata, como se indica en la exposición de motivos, de evitar la banalización de una actividad esencial para la economía y la sociedad. Y, como complemento, se tipifica como infracción grave «realizar actividades promocionales que induzcan a error sobre el precio e imagen de los productos conforme

al artículo 12 *bis*».

- 2.2. En relación con las prácticas promocionales no se prohíben expresamente las prácticas en las que el distribuidor repercute en los operadores anteriores de la cadena el coste de sus prácticas comerciales.

Este tipo de conductas están reguladas en la Directiva (UE) 2019/633, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. Esta directiva, dentro del listado gris de prácticas (prácticas que pueden ser lícitas si se han acordado de manera clara y sin ambigüedad entre el proveedor y el comprador), comprende, entre otras, la práctica consistente en exigir que el proveedor pague los costes promocionales del comprador, esto es, que el comprador exija al proveedor que asuma total o parcialmente el coste de los descuentos de los productos agrícolas y alimentarios vendidos por el comprador como parte de una promoción; así como la práctica de que el comprador exija al proveedor que pague por la publicidad de productos agrícolas y alimentarios realizada por el comprador.

Conforme a la regulación introducida por el Real Decreto Ley 5/2020, este tipo de pactos serán viables siempre se cumplan las condiciones del artículo 12 *bis* y además el proveedor reciba efectivamente el coste de producción, conforme al artículo 12 *ter*.

3. Publicidad de las sanciones

Otro de los cambios introducidos en la Ley 12/2013 consiste en el establecimiento del carácter obligatorio de la publicación de las sanciones impuestas. En efecto, hasta el momento, el artículo 24.2 establecía la posibilidad de que en las resoluciones sancionadoras se pudiese acordar como sanción accesoria la publicidad de las sanciones impuestas por infracciones muy graves que hubiesen adquirido firmeza en vía judicial.

Ahora se elimina el artículo 24.2 y se sustituye por un nuevo artículo 24 *bis*, según el cual la publicidad se establece con carácter obligatorio y también para las infracciones graves, además de las muy graves, que hayan adquirido firmeza en vía administrativa o, en su caso, en vía judicial. Como se afirma en la exposición de motivos, la publicidad de las sanciones «tiene fines disuasorios pero también punitivos, puesto que el elemento reputacional es esencial en el sector».

Por supuesto, la publicidad deberá respetar la legislación de protección de datos de carácter personal y, en el caso de las sanciones que imponga la Administración General del Estado, esta publicidad se dará por medio de la página web del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.