Food

La venta a pérdida minorista en la cadena alimentaria

En este documento se analiza la reforma de la regulación de la venta a pérdida minorista en la cadena alimentaria, actualmente en tramitación parlamentaria.

ÁNGEL GARCÍA VIDAL

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela
Consejero académico (asesor externo) de Gómez-Acebo & Pombo

1. El punto de partida

- 1.1. Como es notorio, el Tribunal de Justicia declaró —en su Sentencia de 19 de octubre del 2017, en el asunto C-295/16, *Europamur*— que la prohibición de venta a pérdida establecida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no respetaba la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo del 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior), en la medida en que se establecía una prohibición

general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida, con excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia directiva.

Por eso, el Real Decreto Ley 20/2018, de 7 de diciembre, modificó la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para disponer que, pese al principio general de libertad de precios, no se podrán realizar ventas al público con pérdida si éstas se reputan desleales, entendiendo que lo son en una serie de casos: cuando la venta a pérdida sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos

del mismo establecimiento, cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno, cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado o cuando forme parte de una práctica comercial que contenga información falsa sobre el precio o su modo de fijación —o sobre la existencia de una ventaja específica con respecto a aquél— que induzca o pueda inducir a error al consumidor medio y le haya hecho tomar la decisión de hacer una compra que, de otro modo, no hubiera realizado.

- 1.2. Más tarde se aprobó el Real Decreto Ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación, cuyo contenido dio lugar posteriormente a la Ley 8/2020. El Real Decreto Ley 5/2020 introdujo en el artículo 12 *ter* de la Ley 12/2013, de Medidas para Mejorar el Funcionamiento de la Cadena Alimentaria, una nueva práctica abusiva de «destrucción de valor en la cadena» según la cual, «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».

Esta regulación sienta una prohibición de determinadas ventas a pérdida. Pero, de forma llamativa, en lugar de configurarla como tal prohibición, se establece como una obligación a cargo del comprador consistente en

pagar un precio igual o superior al coste efectivo de producción. La prohibición afecta a todos los eslabones de la cadena, salvo al último, es decir, el de las ventas a los consumidores, entre otras cosas, para respetar la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia en su ya citada Sentencia de 19 de octubre del 2017, *Europamur*. En consecuencia, sólo se ven afectadas las ventas al por mayor, lo cual constituye una excepción a la regla general que admite la venta a pérdida tanto en la venta mayorista como en la minorista (art. 14 y disp. adic. sexta de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista).

Por lo tanto, en la actualidad, el operador de la cadena alimentaria que concierne un contrato con un consumidor final puede establecer un precio inferior al coste de producción o de adquisición del producto. Pero lo que no puede hacer dicho operador es trasladar la pérdida a los operadores que le preceden en la cadena alimentaria. Así se establece en el inciso final del artículo 12 *ter* de la ley de la cadena alimentaria cuando se dispone 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».

2. La tramitación de la reforma de la ley de la cadena alimentaria

Con ocasión del proyecto de ley de modificación de la ley de la cadena alimentaria para incorporar —fuera de plazo, como es demasiado frecuente— la Directiva (UE) 2019/633, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la

cadena de suministro agrícola y alimentario, se ha buscado reforzar la prohibición de venta a pérdida en la cadena alimentaria. Esto se constata en el texto aprobado el 29 de septiembre por la Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación del Congreso de los Diputados con Competencia Legislativa (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, núm. A-36-5, de 20 de octubre del 2021) remitido al Senado, donde se encuentra actualmente en tramitación.

Así, conforme al texto actualmente vigente de la ley de la cadena alimentaria es posible adquirir los productos a operadores extranjeros que vendan a pérdida al no estar sometidos a la prohibición del artículo 12 *ter*, que no es una norma de policía o de orden público (como destacan Ángel CARRASCO PERERA y Blanca LOZANO CUTANDA en «¿Qué consecuencias tendrá para los operadores la ley de mejora de la cadena alimentaria?», *Análisis GA&P*, marzo del 2013, p. 4). Y por tal motivo también es posible que dos operadores nacionales pacten la aplicación de una legislación distinta a la española, al amparo del artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), dejando sin efecto la prohibición del artículo 12 *ter* de la ley de la cadena alimentaria.

Para solventar esta situación, el texto aprobado en el Congreso cambia el ámbito de aplicación de la ley (art. 2) para hacerla aplicable no sólo a las relaciones comerciales que se produzcan entre los operadores establecidos en España, sino también a las relaciones comerciales en que un operador esté establecido en España y otro en un Estado miembro de la Unión Europea cuando no resulte de aplicación la legislación de otro Estado miembro. Y, en relación con los casos en que una de las partes esté establecida en un tercer Estado, se dispone que «con

independencia de la legislación que resulte aplicable, cuando una de las partes esté establecida en España, y la otra en un Estado no miembro de la Unión, resultarán siempre de aplicación las prohibiciones contenidas en esta ley y el correspondiente régimen sancionador». Ahora bien, esta regulación sólo solventa parcialmente el problema que se quiere resolver, porque si se pacta la aplicación de la legislación de otro Estado de la Unión Europea, la prohibición de la destrucción de valor del artículo 12 *ter* de la ley de la cadena alimentaria no sería aplicable.

De igual modo, otra de las grandes deficiencias de la actual regulación del artículo 12 *ter* de la citada ley que no se soluciona en el texto aprobado por el Congreso tiene que ver con la acreditación del coste efectivo de los productos. Según la norma vigente, cada operador de la cadena alimentaria «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», y «la acreditación se realizará conforme a los medios de prueba admitidos en Derecho». Esta última es una disposición hueca —por evidente— que no resuelve el problema fundamental de determinar quién tiene que realizar dicha acreditación y ante quién, porque la norma es susceptible de varias interpretaciones y ha generado no pocas discusiones (por ejemplo, si la prueba debe hacerla el vendedor ante el comprador, cabe preguntarse si debe probarlo documentalmente o si, por el contrario, basta con una mera declaración del vendedor de que el precio pactado cubre sus costes de producción o de adquisición).

Por otra parte, aunque no figuraba inicialmente en el proyecto de ley actualmente en tramitación, se presentaron varias enmiendas en el Congreso de los Diputados para

extender la prohibición de venta a pérdida también a los contratos con los consumidores. Y, así, en el texto aprobado por el Congreso se ha añadido en el artículo 12 *ter* de la ley de la cadena alimentaria un nuevo apartado que prohíbe la venta a pérdida minorista. Se indica así —en el segundo apartado— que, «para proteger la capacidad de comercialización de los productores primarios, los operadores que realicen la venta final de alimentos o productos alimenticios a consumidores, no podrán aplicar ni ofertar un precio de venta al público inferior al precio real de adquisición del mismo».

En mi opinión, esta regulación presenta varios problemas:

En primer lugar, es muy discutible que se respete la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 19 de octubre del 2017, *Europamur*, porque, como ya había destacado el Tribunal de Justicia en su Auto de 7 de marzo del 2013 (C-343/12, *Euronics Belgium*) y reitera en la sentencia *Europamur*, la venta a pérdida no puede prohibirse en cualquier circunstancia, sino solamente a raíz de un análisis específico que permita comprobar su carácter desleal. Es preciso, pues, que los órganos competentes puedan «determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada supuesto, si la operación comercial en cuestión presenta carácter “desleal” a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la directiva sobre las prácticas comerciales desleales».

Por lo demás, la nueva regulación sólo introduce como excepción a la prohibición de la venta a pérdida minorista el supuesto de los productos perecederos («No se reputarán

como desleales las ventas con pérdidas al público de los alimentos o productos alimenticios perecederos que se encuentren en una fecha próxima a su inutilización siempre que se proporcione información clara de esta circunstancia a los consumidores»). Dejando a un lado que puede haber otros motivos que justifiquen la venta a pérdida, llama la atención que no se extienda la excepción de los productos perecederos a las ventas mayoristas, ámbito en el que el legislador no prevé excepción alguna, desoyendo las peticiones de determinados sectores, las cuales dieron lugar a distintas enmiendas parlamentarias que no han prosperado en el Congreso. Es muy relevante, en este sentido, la posición de la Asociación de Organizaciones de Productores de Plátanos de Canarias, que ha denunciado ante la Comisión Europea al Estado español por incumplimiento, entre otros textos europeos, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la Directiva de prácticas comerciales desleales y de la Directiva de prácticas comerciales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. Frente a estas demandas del sector, el Gobierno se ha manifestado en contra de introducir salvedad alguna en general y en relación con el sector del plátano en particular, si bien ha matizado que, «si se hiciera un contrato de suministro continuado por un año, no haría falta que cada partida estuviese por encima del coste efectivo, sino que el conjunto de todas las entregas tuviese un valor que cubriese dicho coste» (Respuesta —fecha del 31 de mayo del 2021— del Gobierno a la pregunta 184/30802 presentada en el Congreso por varios diputados [BOCG, Congreso de los Diputados, núm. D-291 de 14 de junio del 2021]).