

IPN 84/12. ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS PARA MEJORAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA ALIMENTARIA

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 19 de diciembre de 2012, ha aprobado el presente informe, relativo al *Anteproyecto de Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria* en el que analiza las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 24 de octubre de 2012. La documentación remitida consistió en el mencionado Anteproyecto de Ley y su correspondiente Memoria de Análisis del Impacto Normativo.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye a la CNC el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

I. ANTECEDENTES

El sector alimentario español ocupa un lugar estratégico en la economía española atendiendo a cifras relativas a su producción, participación en el PIB y empleos que genera.

Conforme señala la Exposición de Motivos del proyecto, la cadena de valor del sector alimentario presenta asimetrías en el poder de negociación de los agentes que participan en el mismo, derivando en una falta de transparencia en la formación de precios, prácticas comerciales potencialmente desleales, y prácticas contrarias a la competencia que distorsionan el mercado y tienen un efecto negativo sobre la competitividad de todo el sector agroalimentario.

El Anteproyecto de Ley objeto de análisis (en adelante, APLCA) pretende mejorar el funcionamiento y la vertebración de la cadena alimentaria para aumentar la eficacia y competitividad del sector agroalimentario español, así como “conseguir un mayor equilibrio en las relaciones comerciales entre los diferentes operadores de la cadena de valor”, regulando determinados aspectos de las relaciones comerciales entre éstos.

II. CONTENIDO

El Anteproyecto consta de exposición de motivos, veintitrés artículos que se agrupan en seis títulos, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria única y seis disposiciones finales.

El Título I trata las **Disposiciones generales**, y en él se contiene el objeto de la Ley, su ámbito de aplicación, sus fines, sus principios rectores y determinadas definiciones a efectos de la aplicación de la Ley. Se contiene igualmente la previsión de colaboración entre Administraciones Públicas en aplicación de la Ley, y el necesario sometimiento de las relaciones reguladas por la misma a la normativa de defensa de la competencia. Destaca, dentro de este Título, el establecimiento de determinados umbrales de cara a la sujeción de los operadores a las previsiones relativas a las prácticas incluidas bajo la rúbrica “Contratos alimentarios”.

El Título II lleva por rúbrica **Régimen de contratación y prácticas comerciales abusivas** y se compone de dos capítulos. El primer capítulo regula los contratos alimentarios, estableciéndose la obligación de formalización por escrito, los elementos mínimos del contrato, se regulan las condiciones para la realización de subastas electrónicas, y se establece la obligación de conservación de documentos relacionados con los contratos y subastas que se celebren en el marco de lo dispuesto en la Ley.

El segundo capítulo se refiere a las prácticas comerciales abusivas, prohibiéndose en primer lugar las modificaciones unilaterales y pagos comerciales no previstos. En relación con la información comercial sensible se establece la prohibición de exigir a otro operador información sobre sus productos que no resulte justificada en el contexto de las relaciones comerciales. Adicionalmente se establece un artículo sobre gestión de marcas que prohíbe el aprovechamiento indebido por parte de un operador de la iniciativa empresarial ajena, mediante la utilización de envases, presentación del producto, marcas y nombres comerciales.

El Título III regula las **Buenas Prácticas en la contratación alimentaria**, y se compone de dos capítulos. En el primer capítulo se prevé la creación del Código de Buenas prácticas impulsado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (en adelante, MAGRAMA) y las organizaciones representativas de productores y distribuidores. Se regulan aspectos básicos de su contenido y se crea un Registro Estatal de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria al que podrán adherirse todos aquellos operadores firmantes del citado Código de Buenas Prácticas.

En el capítulo segundo se prevé también la posibilidad de que los operadores de la cadena alimentaria puedan suscribir otros códigos de buenas prácticas que también podrán inscribirse en el mencionado registro estatal.

A través del Título IV se crea el **Observatorio de la Cadena Alimentaria** que sustituirá al Observatorio de precios de los alimentos. Se regulan pormenorizadamente sus funciones y se prevé que su composición y funcionamiento se desarrolle reglamentariamente.

En el Título V se regula la **Potestad sancionadora**, estableciéndose los principios generales aplicables, tipificándose las infracciones y sanciones, y delimitándose las competencias para el ejercicio de la misma.

Por último, el Título VI, **Mejora de la vertebración de la cadena alimentaria**, prevé diversas iniciativas del MAGRAMA para el fomento de la integración de los operadores, desarrollar nuevos canales de comercialización y el desarrollo de medidas para el fomento de la calidad, la mejora de la eficiencia logística, la innovación y la utilización de nuevas tecnologías.

En la Disposición adicional primera, se regulan los **Laboratorios agroalimentarios para el control oficial**, estableciéndose las tasas que podrán cobrar por la prestación de sus servicios los Laboratorios alimentarios del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

La Disposición final primera establece una **Modificación de la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, Reguladora de las Organizaciones interprofesionales agroalimentarias**. Entre otros aspectos se establecen nuevas funciones para las organizaciones, se modifican los porcentajes de representatividad, se facilita la creación de organizaciones interprofesionales en productos con calidad diferenciada, y se realizan algunos cambios en relación a las infracciones y sanciones.

Finalmente la Disposición final segunda procede a la **Modificación de la Ley 2/2000, de 7 de enero, Reguladora de los contratos tipo de productos agroalimentarios**. En ella se incluye la posibilidad de que a la hora de fijar el precio se incluyan indicadores de precios o costes libremente fijados por las partes, y se actualiza el régimen de infracciones y sanciones.

III. OBSERVACIONES

Por las razones que se explican a continuación, las observaciones de la CNC al contenido del presente Anteproyecto de Ley serán de carácter general, sin perjuicio de los comentarios a las disposiciones que modifican normativa vigente, incluidos en el último apartado del Informe.

III.1 Sobre los objetivos perseguidos

El Anteproyecto objeto de análisis tiene lugar tras haberse desarrollado determinadas iniciativas a nivel comunitario y nacional, destinadas a analizar las relaciones entre los distintos operadores integrantes de la cadena alimentaria y a proponer o establecer soluciones para los problemas que se han detectado.

El presente informe de la CNC es próximo temporalmente al pronunciamiento del 5 de diciembre de 2012 del Foro de Alto Nivel sobre el Funcionamiento de la Cadena Alimentaria, constituido por representantes de los Estados miembros, autoridades comunitarias, productores, distribuidores y asociaciones profesionales, en relación con el progreso de las iniciativas discutidas en dicho Foro desde su constitución en 2010. En el comunicado público de la Comisión Europea se indica que, en paralelo a los

trabajos del Grupo, la Comisión Europea examinará todas las opciones posibles, incluyendo la regulatoria, para evitar las prácticas comerciales desleales, planteando el lanzamiento de una iniciativa legislativa a nivel europeo¹.

En este contexto, cabe plantear si resultaría más aconsejable esperar a conocer el posible marco normativo comunitario que se configure, para evitar someter las relaciones comerciales en España a normas que se tengan que ver adaptadas o modificadas con posterioridad, con el consiguiente coste para los agentes.

La iniciativa propuesta pretende lograr un mejor funcionamiento de la cadena alimentaria, esencialmente, mediante una regulación de las prácticas comerciales entre los distintos operadores de dicha cadena. A tal efecto, establece: un catálogo de obligaciones para determinados operadores en relación con el régimen de contratación; otro catálogo de prácticas consideradas “abusivas”, e instaura un régimen de infracciones y sanciones administrativas para penalizar su incumplimiento.

Procede valorar detenidamente cuáles son los objetivos perseguidos por el APLCA, y a partir de ellos, de acuerdo con los principios de la buena regulación, establecer la necesidad y proporcionalidad de la regulación proyectada, en relación con su impacto sobre la competencia, así como su eficacia².

De manera congruente con las iniciativas que se vienen desarrollando a nivel comparado, el objetivo subyacente a cualquier iniciativa destinada a disciplinar las relaciones comerciales entre los operadores de la cadena agroalimentaria, persiguiendo el “buen funcionamiento” de la misma, debería resultar compatible con **la búsqueda de la eficiencia**, tanto a corto como a medio y largo plazo, con su consiguiente traslado a la productividad y competitividad de estos importantes sectores; o, al menos, no debería restringirla innecesaria ni desproporcionadamente.

¹ Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1314_en.htm.

² En relación con la mejora de la regulación, en el **ámbito español** resulta obligado referirse, a nivel normativo, a:

- La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en particular el Capítulo I del Título I (mejora de la calidad de la regulación).
- El Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo

Para facilitar este análisis desde un punto de vista de competencia, la CNC ha aprobado su Guía para la elaboración de memorias de competencia en los proyectos normativos, disponible en: www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/GuiaParaAAPP/tabid/177/Default.aspx

En el **ámbito europeo**, varias han sido las iniciativas de la UE, por ejemplo: http://ec.europa.eu/health/better-regulation-variations-regulations-developments_en.htm

En el **ámbito comparado**, destaca la labor del Reino Unido: <http://www.bis.gov.uk/policies/bre/better-regulation-framework/support-for-policymakers>

Algunas de las finalidades que se explicitan tanto en la MAIN como en la propia Exposición de Motivos y el Título I del APLCA, tales como conseguir un mayor equilibrio en las relaciones comerciales, garantizar una distribución sostenible del valor añadido, o la equitativa asunción de riesgos y responsabilidades, constituyen objetivos, en sentido propio, diversos de la mejora y promoción de la eficiencia y que incluso, en determinadas situaciones, podrían dificultarla o impedirla. **Si estas finalidades no se concilian con la mejora de la eficiencia, la regulación no mejorará el funcionamiento de la cadena alimentaria³.**

Entiende esta Comisión que **el desequilibrio o la asimetría entre las partes contratantes no es una anomalía o un fallo del mercado** sino una característica inherente a él. A este desequilibrio los operadores participantes en el mercado van dando respuesta desde un punto de vista dinámico, adaptando su organización productiva y mejorando su eficiencia. Ello contribuye a mejorar la competitividad y productividad de estos sectores, a fomentar la innovación, y a fortalecer en definitiva a los propios sectores en los que se generan estas tensiones. Por lo tanto, no resulta deseable constreñir este juego desde la intervención pública.

Por lo tanto, **lo que se analizará a lo largo del presente informe es si la solución que propone el APLCA a la hora de expulsar determinadas prácticas relacionadas con las relaciones comerciales entre operadores de la cadena alimentaria resulta necesaria y proporcional desde el punto de vista de su afectación a la eficiencia en los distintos mercados de dicha cadena, teniendo en cuenta las respuestas que el ordenamiento jurídico ya proporciona a tal respecto.**

III.2 Sobre el contenido sustantivo de las obligaciones y prácticas recogidas

Desde un punto de vista sustantivo, en su Título II el APLCA:

³ Un ejemplo de que resulta posible compatibilizar la búsqueda de la eficiencia con el objetivo de aumentar el equilibrio entre las partes en una determinada fase de la cadena alimentaria es la iniciativa legislativa de fomento de la integración asociativa, que discurre paralela al presente APLCA, y pretende incentivar el incremento de la escala de los productores agroalimentarios. La CNC ha considerado que el fomento de medidas de este tipo por parte de los poderes públicos puede contribuir a mejorar el funcionamiento de la cadena de valor, incrementando la escala de los operadores, y con ello comportando no solamente mejoras de su poder negociador relativo sino también determinadas eficiencias en la producción, distribución e incluso comercialización, que podrían ser trasladables al consumidor final. En consecuencia, la CNC ha considerado la iniciativa como positiva desde un punto de vista de la eficiencia de la cadena. Vid. IPN 82/12. ANTEPROYECTO DE LEY DE FOMENTO DE LA INTEGRACION COOPERATIVA Y ASOCIATIVA, disponible en www.cncompetencia.es.

- Establece, por un lado, un conjunto de obligaciones derivadas del régimen de contratación en las relaciones comerciales entre operadores de la cadena alimentaria (la formalización de los contratos escritos, el contenido mínimo de esos contratos, las obligaciones de conservación de información, y la regulación de las subastas electrónicas).
- Por otro lado, consigna como prácticas comerciales abusivas, y por tanto proscritas, las modificaciones unilaterales de las condiciones contractuales, los pagos comerciales no previstos, la utilización de información comercialmente sensible sobre determinados productos para fines distintos de los acordados o su cesión a un tercero, y la gestión de marcas por parte de la distribución de manera desleal contraria a la libre competencia.

Esta Comisión considera que ambas medidas tienen por objeto favorecer, por contraste con la situación actual, la denuncia, persecución y expulsión del ámbito de las relaciones comerciales que se producen en la cadena alimentaria, de aquellas conductas que ya están proscritas, por desleales o abusivas, por el ordenamiento jurídico, pero que actualmente no son objeto de denuncia por el operador que las padece, principalmente, por la eventual situación de desequilibrio existente en la relación comercial continuada que le une con quien realiza prácticas comerciales abusivas o desleales.

Cualquier actuación normativa que persiga esta finalidad debe ser cautelosa en la intensidad de dicha intervención, evitando que la regulación proyectada repercuta negativamente sobre las dinámicas económicas y comerciales del sector que precisamente suponen ganancias de eficiencia, la flexibilidad en las relaciones y, en definitiva, la autonomía de la libertad contractual entre operadores económicos.

Desde este punto de vista, el catálogo de obligaciones y prácticas abusivas del APLCA suscita a esta Comisión determinadas cuestiones en relación con su justificación, tanto desde el punto de vista de su necesidad (la adecuación del objetivo perseguido al instrumento regulatorio utilizado) como de su proporcionalidad (el efecto neto sobre el bienestar general, teniendo en cuenta los beneficios y perjuicios que comporta la introducción de la regulación).

Así, en cuanto a la **necesidad** de intervenir normativamente en las relaciones comerciales privadas imponiendo a las partes de la relación determinadas obligaciones formales (Capítulo I del Título II: formalización escrita de contratos, obligaciones de conservación de información, subastas electrónicas), esta Comisión entiende que

resultan congruentes con el objetivo de la norma proyectada, en la medida en tales obligaciones se orientan a reforzar la seguridad jurídica y facilitar la constitución de evidencia probatoria en relación con los términos de los acuerdos entre las partes de la relación comercial. Ello incidirá sobre las posibilidades de demostrar ante las instancias oportunas la existencia, en su caso, de prácticas ilícitas, desincentivando asimismo la comisión de dichas prácticas.

Sin embargo, la CNC considera que el catálogo de **prácticas abusivas** que contiene la normativa proyectada no respeta el test de necesidad. Sin duda ninguna todas las conductas que se incluyen en ese catálogo y que merecen la consideración jurídica de abusivas están ya tipificadas en el ordenamiento jurídico vigente, de forma particular, en la **Ley de Competencia Desleal**, ya sea en alguno de los tipos específicos de competencia desleal, o ya sea a través de la cláusula general de competencia desleal. Por ello, desde el punto de vista jurídico sustantivo nada aporta, en sí mismo, una tipificación adicional, en este caso de naturaleza administrativa, que permite a la Administración sectorial intervenir coactivamente y mediante el ejercicio de su potestad sancionadora, en el ámbito de relaciones privadas de mercado. Los problemas relacionados con estas prácticas comerciales, ya se ha comentado, provienen de la falta de incentivos a denunciar por parte del operador que las padece, de ahí que esa medida normativa no respete el test de necesidad.

En cuanto a la **proporcionalidad de las obligaciones establecidas**, resulta particularmente pertinente **analizar si las posibles ventajas derivadas de su imposición compensan los inconvenientes de introducirlas con el ámbito y la concreción del APLCA**, precisamente atendiendo a razones de eficiencia tanto a corto y medio como a largo plazo y de buen funcionamiento de los mercados que componen la cadena alimentaria.

En este sentido, existen varios elementos a tener en cuenta:

- **Los umbrales del ámbito de aplicación de estas obligaciones** presentan varios problemas. En realidad se trata de un umbral múltiple: por transacción (todas las superiores a 2.500 euros); por facturación absoluta (que entre ambas partes superen el millón de euros); y por tamaño de facturación relativa (que haya una diferencia de 1 a 10, mínimo, entre las partes). Este diseño puede influir en la predictibilidad del umbral, al ser de difícil determinación previa por los distintos operadores, e imponer obligaciones en transacciones que no resulten problemáticas desde el punto de vista de lo que se pretende fomentar, que es la generación de material documental a los efectos de probar posibles abusos (con el efecto preventivo que de ello se pueda derivar). Como consecuencia de lo

anterior, se dificultará la seguridad jurídica de los operadores, y se aumentarán desproporcionadamente las cargas a los operadores de la cadena.

Por ello, se considera que el umbral o umbrales que en su caso se determinen deben sujetar únicamente al ámbito de aplicación de las obligaciones incluidas en la Ley a las relaciones continuadas entre las partes, y en todo caso resultar previsibles, objetivos y proporcionados.

- La regulación que se prevé para las **subastas electrónicas**, de manera generalizada y para todas las fases de la cadena, incorpora una serie de disposiciones que podrían obstaculizar el funcionamiento eficiente de las subastas y dificultar su utilización como mecanismo de aprovisionamiento. Es el caso de la restricción de la libertad de empresa en la organización de la subasta, del principio de transparencia en relación con determinados extremos, del establecimiento de la obligación de venta o de compra por parte del adjudicatario, o de la restricción a la oferta de un mismo bien mediante varios canales.

Teniendo en cuenta que las medidas adicionales que se podrían introducir para eliminar dichos riesgos pueden desincentivar en aún mayor medida, de hecho, la libre utilización de estos instrumentos o incluso motivar su deslocalización a otros países, se debería reconsiderar la pertinencia de regular esta figura.

- **Algunas de las prácticas comerciales** que, de acuerdo con la redacción del APLCA, podrían recaer dentro de las categorías de abuso **pueden resultar, de hecho, eficientes y consecuencia de dinámicas comerciales favorables a la competencia**. Sería, por tanto, desproporcionado prohibirlas para todos los operadores y relaciones comerciales en la cadena o introducir, de forma no proporcionada, rigideces a su utilización en la relación comercial. Es el caso, por ejemplo, de determinadas modalidades de pagos comerciales por conceptos como la asignación de espacio en el lineal, la gestión de stocks por cambios en el surtido o los fallos relacionados con el suministro. Estos mecanismos pueden favorecer la configuración de un surtido más favorable para los consumidores e introducir incentivos a los distribuidores, industria y productores para mejorar el funcionamiento de la cadena.

En definitiva, se considera que el contenido sustantivo del APLCA debería ceñirse estrictamente a establecer aquellas obligaciones para los operadores de la cadena alimentaria que, de manera proporcionada, contribuyan a aumentar las

posibilidades de acreditación documental de la verdadera voluntad de las partes contratantes al acordar el contenido de su relación comercial continuada.

III.3 Sobre el régimen de infracciones y sanciones administrativas

Una de las novedades más importantes del APLCA es la introducción de un **régimen de infracciones administrativas para las prácticas abusivas ilícitas**, con sus correspondientes sanciones y la determinación de las esferas administrativas competentes.

A este respecto, resulta **necesario reflexionar sobre la justificación de un régimen de protección administrativa de este tenor**, teniendo en cuenta que se trata de relaciones contractuales mercantiles entre operadores económicos, ya sujetas a la normativa de obligaciones y contratos, a la legislación represora de la competencia desleal y a la legislación de propiedad industrial y, en la medida en que exista una afectación a la competencia efectiva, a la legislación de defensa de la competencia. Este régimen jurídico administrativo sancionador, por tanto, se vendría a adicionar a los ya existentes. Ello plantea las siguientes cuestiones:

- En cuanto a la **necesidad del régimen de infracciones administrativas**, teniendo en cuenta que hablamos de relaciones contractuales privadas entre operadores económicos, la intensidad de esta regulación puede resultar inapropiada. Si, de nuevo, el objetivo es fomentar la eficiencia de la cadena a través de la expulsión de determinadas prácticas, no parece que haya un bien jurídico-público subyacente que haya de motivar una respuesta sancionadora diferente a la que proporcionan los instrumentos ya existentes, como la normativa de defensa de la competencia.
- Tampoco la **proporcionalidad** de establecer este régimen sancionador con carácter adicional a las previsiones existentes en materia de defensa de competencia y competencia desleal parece clara, adicionándose los potenciales perjuicios de dicho régimen sancionador a los derivados de la consignación de determinadas prácticas comerciales como abusivas en el sentido antes comentado.
 - o La diversidad y naturaleza administrativa de las autoridades competentes para aplicar este régimen sancionador, relativo a conductas de mercado que se califican como abusivas o ilícitas mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, y cuya dificultad interpretativa ha motivado, en otro orden de cosas, que su examen se haya atribuido a

órganos especializados, como los jueces de lo mercantil o las autoridades administrativas de la competencia, genera un riesgo de **ruptura de la unidad del mercado inexistente a la fecha**, y es un **efecto inconsistente con otras iniciativas del Gobierno** que irían dirigidas a garantizarla. Este **riesgo de aplicación diversa, costosa e incoherente** del régimen sancionador, consecuencia de la pluralidad de administraciones territoriales no especializadas, nacional y autonómicas, que serían responsables de la aplicación, **dificultaría el funcionamiento competitivo, dinámico y eficiente de estos mercados**. La autoridad administrativa encomendada del cumplimiento de esta Ley dependerá de cuál sea la esfera o esferas territoriales en que se produzcan las relaciones comerciales. Con ello, los operadores, muchos de ellos de ámbito como mínimo nacional, deberán asumir mayores costes de transacción, mayor burocratización, dificultándose la coherencia jurídica y el aprovechamiento de economías de escala en sus relaciones. **El riesgo de esta ruptura de la unidad de mercado se agrava adicionalmente** por la posibilidad, que luego se tratará, de acordar **códigos de conducta autonómicos o sectoriales**.

- o Pueden generarse problemas prácticos de **duplicidad de actuaciones** entre las administraciones encargadas de aplicar este régimen sancionador y la autoridad de defensa de la competencia, a pesar de las reglas de reparto que prevé el APLCA, en la medida en que los casos de potencial colisión pueden ser numerosos en función de la interpretación y aplicación que se haga de esta normativa proyectada.
 - o El establecimiento de dicho régimen administrativo supondrá en cierta medida una **burocratización de las relaciones comerciales**, con lo que aumentará la carga y el coste para los operadores consecuencia del cumplimiento del mismo y de los eventuales procedimientos en que éstos se vean inmersos.
 - o Finalmente, ha de tenerse en cuenta el posible coste en recursos públicos, humanos y materiales, que puede tener la instauración de esta estructura en términos administrativos y, desde un punto de vista de los operadores de la cadena, el incremento en cargas y costes adicionales que supondrá para ellos.
- Por añadidura, no parece clara la posible **efectividad** de este régimen sancionador, si el objetivo es incrementar el grado de persecución de estas

conductas. Si el problema es la falta de activación de los mecanismos actuales en atención a la falta de incentivos a denunciar, ello no desaparecerá. La falta de aplicabilidad del régimen público sancionador de la LORCOMIN en materia comercial es un ejemplo ilustrativo de cómo la existencia de dichos regímenes no implica que las actuaciones a desarrollar se hayan de canalizar a través de ellos.

Y todo ello sin perjuicio de los interrogantes que plantean otras cuestiones técnicas que se derivan del contenido del anteproyecto, como pueden ser la tipificación concreta del incumplimiento de obligaciones y la comisión de prácticas, la configuración de la gravedad de la infracción y la coherencia entre los distintos umbrales de sanción.

Por todo lo anterior, **la CNC considera que el APLCA debería prescindir de este régimen sancionador y reforzar, de acuerdo con el objetivo que anteriormente se ha establecido, la aplicación de los actuales mecanismos de respuesta a las infracciones sustantivas ya existentes.**

En particular, y como complemento al papel que el ordenamiento jurídico ya proporciona a las asociaciones empresariales⁴, a tal respecto se puede potenciar **el papel de las Administraciones sectoriales correspondientes, más relacionadas con las fases de producción, industria o transformación y distribución alimentaria**, de cara a la persecución de dichas prácticas, en todas las sedes procedentes. Así:

- En sede de la legislación de **competencia desleal**, se puede estudiar la posibilidad de introducir la **legitimación activa** para que dichas Administraciones Públicas desarrollen determinadas acciones según están configuradas en el artículo 32 de la LCD; en concreto, todas las acciones menos las de enriquecimiento injusto y daños y perjuicios. Es decir, el mismo tratamiento de que actualmente disfrutaban las Administraciones sectoriales de consumo.
- En sede de **defensa de la competencia**, se puede visibilizar el posible papel de las administraciones sectoriales (que ya pueden ejercer) mediante la posibilidad de **comunicar indicios de prácticas restrictivas de la competencia** (a la manera de los órganos de contratación en la Ley de Contratos Públicos⁵), **bien**

⁴ Vid. por ejemplo el art.33 apartado 2 de la Ley de Competencia Desleal.

⁵ Disposición Adicional 23ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

individualmente, bien de manera agregada (cuando tales Administraciones tengan conocimiento de una conducta que por ser suficientemente repetida pueda estar afectando al interés público) o incluso de **centralizar la interposición de denuncias** en lugar de los directamente afectados.

III.4 Sobre los Códigos de Buenas Prácticas

En relación con los códigos de buenas prácticas, se distingue entre el llamado Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria (CBPMCA), de ámbito estatal, que la Ley dispone acordar entre el MAGRAMA y organizaciones representativas nacionales de la producción, la transformación, la industria y la distribución, y otros códigos que también puedan suscribirse.

A este respecto, desde un punto de vista de la justificación de su **necesidad**, se considera en primer lugar que en general **resulta un tanto extraño pretender compatibilizar la intervención pública mediante adopción de regulación legal para solucionar los problemas derivados de las prácticas de la cadena (en particular consignando las prácticas comerciales abusivas más allá de la normativa de defensa de la competencia y competencia desleal) con la autorregulación de los operadores a este respecto**. Normalmente la opción es una u otra, cada una con sus ventajas e inconvenientes, y así lo vienen acreditando las experiencias comparadas. Este doble instrumento plantea la cuestión de **cuál sería el contenido adicional del código en relación con la regulación prevista en el APLCA**, si el desarrollo de esta última o algo diverso y complementario. También pueden plantearse **problemas de solapamiento y posible contradicción** entre los instrumentos de control previstos en ambos casos, regulación pública y códigos voluntarios, en perjuicio de la seguridad jurídica de los operadores y en definitiva del incentivo a adherirse a los mismos.

Por añadidura, en lo que se refiere al CBPMCA de ámbito estatal, la futura Ley estaría **obligando a las asociaciones representativas de los operadores a la adopción del Código** (sin perjuicio de que luego los distintos operadores puedan decidir suscribirlo o no a título individual). Ello, a la par de incrementar las dudas anteriormente mencionadas en relación con cuál pueda ser su contenido (el apartado 2 del artículo 15 no lo aclara, al hablar de “*principios sobre los que han de fundamentarse las relaciones comerciales entre los diferentes agentes que intervienen en la cadena*”), condiciona la libertad de los firmantes en cuanto al resultado de su negociación, al predeterminar el resultado.

Estos riesgos se pueden atenuar precisamente eliminando la consignación de prácticas comerciales abusivas en la Ley, junto a su régimen sancionador administrativo, y **dejando al albur del Código, en su caso, la precisión o concreción de determinadas prácticas** a las que los operadores firmantes voluntariamente, en desarrollo de su facultad de autorregulación, se comprometen a no incurrir. Esta opción, por lo demás, es coherente con las experiencias y propuestas en que se ha venido trabajando a nivel europeo, en particular los trabajos del Grupo de Alto Nivel, y prudente a la espera de las posibles iniciativas que desde un punto de vista comunitario pudiesen desarrollarse a medio plazo, incluso a nivel regulatorio.

Por otra parte, conviene insistir en que el contenido del código o códigos y la aplicación que del mismo se realice por parte de los firmantes se encuentra **sujeto al cumplimiento de la normativa de competencia.**

Finalmente, en relación con la **posibilidad de que existan otros códigos distintos al CBPMCA**, (sin prejuzgar la capacidad de los operadores interesados para alcanzar tales acuerdos sujeta, evidentemente, al cumplimiento de la normativa de competencia) la proliferación de códigos de conducta, por ejemplo de distintos ámbitos territoriales, no resulta aconsejable porque puede afectar negativamente a la unidad del mercado y, cuando la división es por productos o subsectores, dificultar las economías de escala y alcance, y en consecuencia, la obtención de eficiencias.

III.5 El Observatorio de la Cadena Alimentaria

El APLCA crea este observatorio, como órgano colegiado, adscrito al MAGRAMA, que sustituye al actual Observatorio de Precios de los Alimentos. En relación con su funcionamiento, se considera que **deben reforzarse en el articulado las cautelas relativas al respecto a la normativa de competencia y en particular a la publicación y tratamiento de la información a que se acceda.**

En particular, en el ejercicio de las distintas funciones del observatorio, la estructura o unidad responsable del tratamiento de la información suministrada individualmente por los distintos operadores debería garantizar las salvaguardas necesarias para evitar que la información comercialmente sensible se revele a terceros operadores. Igualmente, la información publicada por el Observatorio no deberá contener información cuyo nivel de desagregación pueda afectar negativamente a las condiciones de competencia de los distintos sectores.

III.6 Disposiciones adicionales, transitorias y finales

Con carácter adicional a lo manifestado en relación con el articulado de este APLCA, se considera pertinente realizar las siguientes observaciones puntuales al contenido de las disposiciones adicionales, transitorias y finales, en la medida en que realizan determinadas modificaciones sobre normas ya existentes que resultan de interés desde un punto de vista de competencia.

Disposición adicional primera. Laboratorios agroalimentarios para el control oficial dependientes del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Apartado Uno. Laboratorios agroalimentarios del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

El último párrafo de este apartado establece que la designación, por parte de las autoridades competentes de las comunidades autónomas de los laboratorios para hacer el control analítico oficial, tendrá validez para todo el territorio del Estado y los laboratorios designados formarán parte de la Red de Laboratorios Agroalimentarios del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, lo que permitirá una coordinación más eficaz del soporte analítico del control oficial. A su vez, establece que dicho soporte se llevará a cabo por laboratorios acreditados que tengan implantados sistemas de control de la calidad de acuerdo con lo que establezca la normativa comunitaria, de modo que los resultados de los análisis presenten una elevada calidad y uniformidad.

A este respecto, convendría dejar establecido que **la designación deberá poder obtenerse por los laboratorios que lo soliciten, en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias**, siempre que cumplan los requisitos que a tal efecto se determinen normativamente, los cuales deberán resultar justificados en su necesidad y proporcionalidad.

Disposición final primera. Modificación de la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, Reguladora de las Organizaciones interprofesionales agroalimentarias.

En general, la nueva redacción que se proporciona al artículo 3, relativo a las finalidades de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias (OIA), no parece plantear problemas de competencia, en la medida en que la cláusula del artículo 7 deja

clara la sujeción de los acuerdos de las OIA a la normativa de competencia. En todo caso, conviene tener en cuenta lo siguiente:

Artículo 3. Finalidades de las OIA

En el apartado a), la alusión a “contribuir a incrementar el valor de los productos”, cuando se está hablando de buenas prácticas en las relaciones entre los socios, puede resultar confusa e inducir a interpretaciones sobre la posibilidad de que las OIA actúen de manera restrictiva de la competencia (por ejemplo, contribuyendo con independencia del mercado a aumentar el precio de los productos). **Se considera conveniente eliminar el inciso, o bien reconducirlo a objetivos de calidad o de percepción del consumidor del valor de los productos.**

Artículo 7. Acuerdos de las OIA

Se establece que: “Las organizaciones interprofesionales agroalimentarias se ajustarán, para la adopción de sus acuerdos, a las normas y principios recogidos en la normativa de defensa de la competencia nacional y comunitaria”. Resultaría conveniente clarificar en mayor medida que **esta sujeción no ha de predicarse únicamente con respecto a la adopción de los acuerdos, sino, además, “en su funcionamiento”**.

Artículo 8. Extensión de normas

El APLCA modifica sensiblemente la redacción de este precepto. En primer lugar, las actividades que pueden objeto de extensión de norma ya no se sujetan a un elenco cerrado en el propio artículo 8 sino que se reconducen al catálogo general de finalidades de las OIA en el artículo 3, lo que sin duda facilita **mayor amplitud en relación con el ámbito objetivo**. Ello permitirá, presumiblemente, ampliar el instrumento de la extensión de norma a finalidades no contempladas hasta ahora.

Esta cuestión puede resultar de importancia en la medida en que la extensión de norma implica ampliar la sujeción de acuerdos de la OIA (que de por sí vincularían a sus miembros) al conjunto total de productores y operadores del sector o producto de que se trate.

En este sentido, resulta **muy positivo que se refuerce el requisito establecido en el apartado 2.b del precepto**, que determina que para que se solicite la extensión de norma la OIA ha de representar como mínimo al 75% de las producciones afectadas, frente a la actual regla de 2/3.

Es igualmente **positivo que se mantenga la alusión** que realiza el apartado 4 a que el contenido del artículo se entiende sin perjuicio de la **aplicación de las disposiciones de la normativa de defensa de la competencia**.

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 2/2000, de 7 de enero, Reguladora de los contratos-tipo agroalimentarios

El artículo 3 de esta norma establece el contenido de los mencionados contratos-tipo. Tras la redacción del APLCA, el apartado d, referido a los precios y condiciones de pago, menciona que el precio a percibir y los criterios para su actualización serán libremente fijados por las partes signatarias del contrato, las cuales podrán tener en cuenta, en su caso, indicadores de precios o costes. Estos indicadores deberán ser objetivos, transparentes, verificables y no manipulables.

A este respecto, **la redacción del precepto se valora positivamente**, en la medida en que se recogen las observaciones formuladas por la CNC a propósito de esta cuestión en el IPN 47/10 sobre el Anteproyecto de Ley de la Calidad Agroalimentaria de la pasada Legislatura (que finalmente no se aprobó como Ley), y que recogía una modificación de este mismo artículo.

En primer lugar, el precepto incluye la condición de que los indicadores sean objetivos, transparentes, verificables y no manipulables. De la misma manera, se deja claro que son las partes, libremente, las que pueden tener en cuenta dichos indicadores. Con ello, se elimina la posibilidad de que el contrato-tipo establezca en concreto qué indicadores habrían de utilizarse a tal efecto, y se eliminan las potenciales implicaciones para la competencia que se derivarían del hecho de que la obligación de utilizar el contrato-tipo se extienda a todo un sector mediante una extensión de norma de la Interprofesional correspondiente.

IV. CONCLUSIONES

1. El Anteproyecto sometido a análisis establece una serie de obligaciones que los operadores de la cadena alimentaria deben observar en sus relaciones comerciales; la prohibición expresa de determinadas prácticas en el seno de dichas relaciones; un régimen público de infracciones y sanciones para garantizar el cumplimiento de las mencionadas obligaciones y la persecución de tales prácticas; y el instrumento de los Códigos de Conducta acordados entre los operadores de la cadena como complemento a lo anterior.

2. La CNC considera que cualquier iniciativa destinada a disciplinar las relaciones comerciales entre los operadores de la cadena agroalimentaria debería resultar compatible con la eficiencia dinámica, consustancial al buen funcionamiento del sector y, en general, de la economía.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión estima que el órgano proponente del Anteproyecto debería reconsiderar parte de su contenido en atención de razones de necesidad y proporcionalidad de la norma, ello sin perjuicio de las cuestiones que pueda asimismo suscitar su eficacia.

En particular:

- El Anteproyecto generará inseguridad jurídica y una burocratización no necesaria y desproporcionada de las relaciones comerciales entre agentes de la cadena, en particular teniendo en cuenta los umbrales utilizados para delimitar el ámbito de aplicación de las obligaciones que se imponen a las partes de la relación y el régimen administrativo sancionador al que se someten determinadas prácticas comerciales.
- El Anteproyecto tipifica como infracción administrativa determinadas prácticas comerciales que, de hecho, resultan eficientes y fomentan el dinamismo a lo largo de la cadena de producción.
- El sistema de infracciones administrativas y régimen sancionador propuesto, de articulación compleja tanto a nivel Estado-Comunidades Autónomas como en relación con la aplicación de la normativa vigente, genera un elevado riesgo de ruptura de la unidad de mercado al posibilitar la aplicación incoherente del régimen dependiendo del ámbito territorial de referencia.

3. Los efectos y riesgos anteriormente mencionados, junto a los derivados de la superposición a este régimen de un Código Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria (y otros posibles códigos de ámbito diverso) que se pudiesen firmar por los operadores de la cadena, se pueden desactivar o atenuar:

- eliminando el catálogo de prácticas comerciales que se consideran abusivas en la Ley y, en consecuencia, el régimen sancionador administrativo previsto.
- Limitando las obligaciones que establece el Anteproyecto al ámbito de las relaciones comerciales continuadas, que son las que generan eventuales desequilibrios.
- Recogiendo en su caso, en el Código voluntario, la precisión o concreción de determinadas prácticas a las que los operadores firmantes, en desarrollo de su

facultad de autorregulación y de forma compatible con la normativa de competencia, se comprometen a no incurrir.

Esta opción resulta coherente con las experiencias y propuestas en que se ha venido trabajando a nivel europeo, en particular los trabajos del Grupo de Alto Nivel, y prudente a la espera de las posibles iniciativas que desde un punto de vista comunitario pudiesen desarrollarse a medio plazo.

4. Las prácticas comerciales abusivas o desleales surgidas del desequilibrio en la relación comercial ya están prohibidas en el ordenamiento vigente, y existen instrumentos jurídicos menos restrictivos de la libertad contractual que el previsto en el Anteproyecto para expulsar de la cadena alimentaria tales conductas, cuya eficacia puede ser adecuado testar.

En particular, las obligaciones de formalización de los contratos o de conservación de documentos que introduce el APLCA, resultan idóneas (y proporcionales con las modificaciones propuestas) para una aplicación efectiva en el ámbito de la cadena alimentaria de los instrumentos jurídicos disponibles para perseguir las prácticas comerciales nocivas. Una eficacia que se podría reforzar atribuyendo a las Administraciones públicas sectoriales legitimación activa para el ejercicio de las acciones judiciales que permiten la prohibición de las prácticas comerciales ilícitas, y la facultad de centralizar información al objeto de denunciar tales comportamientos competitivos ante la autoridad de competencia.