



ESTUDIO TÉCNICO SOBRE LA INCLUSIÓN DE UNA CLÁUSULA DE VALOR EN LOS CONTRATOS AGROPECUARIOS Y SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LA FIJACIÓN DE UN PRECIO MÍNIMO DE COMERCIALIZACIÓN DE ACUERDO CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA, QUE PERMITA NUEVOS MECANISMOS DE ORGANIZACIÓN COMERCIAL PARA EL SECTOR AGRARIO VALENCIANO, Y PUEDA COADYUVAR A LOGRAR UN PRECIO DIGNO PARA LOS AGRICULTORES VALENCIANOS.

**INSTITUT VALENCIÀ D'INVESTIGACIÓ I FORMACIÓ
AGROAMBIENTAL**

Noviembre 2020

Resultado del Convenio de colaboración con la Generalitat, a través de la Conselleria de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica, de 21 de septiembre de 2020

SUMARIO

I. OBJETIVO Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO SOBRE LAS CLAUSULAS DE REPARTO DE VALOR EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y SU UTILIZACIÓN EN EL SECTOR PRODUCTOR AGROALIMENTARIO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA..... 7

II. EL SECTOR AGROALIMENTARIO EN LA COMUNIDAD VALENCIANA: UNA VISIÓN ECONÓMICA..... 13

PARTE PRIMERA

DERECHO DE LA COMPETENCIA, SECTOR AGRÍCOLA Y CLÁUSULA DE REPARTO DE VALOR

III. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU RELACIÓN CON EL SECTOR AGRÍCOLA..... 22

1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO REGULATORIO 22

2. LAS EXCLUSIONES AGRÍCOLAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA: NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA (EL CASO ENDIVIAS 2017) 27

3. EL SECTOR AGRÍCOLA EN LAS RESOLUCIONES DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ... 44

II. APROXIMACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR EN EL SECTOR AGROALIMENTARIO.... 47

1. EL ORIGEN REGULATORIO DE LAS CLÁUSULAS DE VALOR: EL SECTOR DEL AZÚCAR 55

2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR EN EL REGLAMENTO ÓMNIBUS DE 2017 64

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR: LA RELEVANCIA DE LAS ORGANIZACIONES INTERPROFESIONALES	67
3.1. LOS DESTINATARIOS DE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR	68
3.2. LOS INDICADORES EN LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR	70
4. CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR EN LA PROPUESTA REGLAMENTO DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO OCM	72
4.1. INFORME DE COMISIÓN DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL DEL AÑO 2019: SOBRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO OCM	72
4.2. ENMIENDAS APROBADAS POR EL PARLAMENTO EUROPEO, EL 23 DE OCTUBRE DE 2020, SOBRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO OCM	79
III. EL PAPEL DE LAS INTERPROFESIONALES Y LA NECESARIA REVISIÓN DE SU REGULACIÓN Y FUNCIONAMIENTO: REFERENCIA A LA MODERNA REGULACIÓN DE LA INTERPROFESIONAL LÁCTEA	85

PARTE SEGUNDA

CADENA ALIMENTARIA, PODER DE MERCADO Y PRECIO

IV. INTRODUCCIÓN: LA INEFICIENCIA DE LA REIVINDICACIÓN SOBRE EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.....	91
--	----

V. LA NECESIDAD DE REGULAR EL PODER DE MERCADO: PODER DE NEGOCIACIÓN Y PODER DE COMPRA.....	97
VI. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE CADENA ALIMENTARIA 2020 CON EL OBJETIVO DE EVITAR LA “DESTRUCCIÓN DE VALOR”	114
1. REGULACIÓN DE LA DESTRUCCIÓN DE VALOR EN LA CADENA	117
2. EL COSTE DE PRODUCCIÓN COMO ELEMENTO MÍNIMO DEL PRECIO DE VENTA EN LOS CONTRATOS ALIMENTARIOS	119
3. APLICACIÓN A TODOS LOS CONTRATOS ALIMENTARIOS DE LA CADENA Y LA EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES	126
VII. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA VENTA A PÉRDIDA: SU RÉGIMEN JURÍDICO EN LA LOCM Y LCD.....	130
VIII. NORMATIVA SOBRE LA MOROSIDAD Y COMERCIO MINORISTA RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR	142
IX. REGULACIÓN COMPARADA: LA EXPERIENCIA FRANCESA Y ALEMANA.....	146
CONCLUSIONES	
CONCLUSIONES SOBRE DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SECTOR AGRÍCOLA	153
CONCLUSIONES SOBRE PRECIO Y REFORMA DE LA LEY DE CADENA ALIMENTARIA	158

CONCLUSIONES SOBRE LA CLÁUSULA DE REPARTO DE VALOR Y
SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA, LA
LEY DE MOROSIDAD Y LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO
MINORISTA 161

BIBLIOGRAFÍA

I. OBJETIVO Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO SOBRE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y SU UTILIZACIÓN EN EL SECTOR PRODUCTOR AGROALIMENTARIO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

La agricultura es un sector estratégico para el modelo económico, social y territorial, no sólo de la Comunitat Valenciana, sino también de España y Europa. Es por ello que la sociedad valenciana, española y europea, así como las instituciones nacionales y comunitarias, no han permanecido ajenas a la situación que afecta a todo el sector agroalimentario, en especial en el hortofrutícola, derivada de los desequilibrios existentes entre los distintos eslabones de la cadena alimentaria.

En las últimas décadas, como consecuencia del proceso de concentración de la distribución minorista y otros cambios en determinados factores de competencia, así como en los patrones de consumo, se han generado en los distintos eslabones de la cadena una serie de desequilibrios en el poder de negociación, que inciden en la propia configuración y funcionamiento de la cadena, lo que se refleja, entre otras condiciones, en el precio del producto en todas sus etapas.

En particular, el sector productor agroalimentario en España, y en la Comunidad Valenciana, presenta una serie de características específicas, que dificultan el mantenimiento en el tiempo de una adecuada rentabilidad,

sin la cual la supervivencia de los productores se ve amenazada. En cuanto a elementos estructurales, es tradicional señalar que se trata de un sector muy atomizado, envejecido, con déficits en formación, sin relevo generacional adecuado en la parte productora, con producciones muy estacionales, en muchos casos perecederas, y con una elevada inelasticidad de la demanda.

En su faceta económica, por su parte, la falta de organización comercial, la volatilidad de los mercados, el incremento de costes en los inputs, y las crecientes exigencias en calidad, seguridad alimentaria y requisitos medioambientales, ven sus efectos negativos amplificados por un creciente desequilibrio en el poder de determinación de precios en la cadena alimentaria, lo que le conduce a una situación de crisis permanente de bajos precios y falta de rentabilidad de dimensiones históricas.

Ahora bien, este diagnóstico socio-económico y el crecimiento paulatino del poder económico de la gran distribución no es exclusivo del sector agrario español y de la Comunidad Valenciana, sino que presenta rasgos comunes en países desarrollados del área europea, propiciando que tanto la Comisión Europea como el Parlamento Europeo, a través de sus propios análisis, hayan subrayado la necesidad de que los Estados miembros se involucren no sólo en resolver los problemas estructurales de sus respectivos sectores, sino también en la búsqueda de un mayor equilibrio entre los

operadores de la cadena, de forma que no sea el margen de beneficio de los productores el que absorba los incrementos de costes a lo largo de la misma.

Conviene citar, sobre esta cuestión, los datos de la consultora agroalimentaria Kantar en 2020, según los cuales, a nivel nacional español, cinco grandes grupos copan el 49,9% de la cuota de mercado de la alimentación. También, en Francia, sólo dos grupos cubren en el 42.1%; y en Reino Unido, también dos grupos alcanzan cuotas del 41,8%. Pese a lo cual, como se analizará en este estudio, ninguna de estas empresas o grupos de empresas aisladamente ostenta posición de dominio en sentido técnico-jurídico, tal y como este ha sido definido por las autoridades de competencia y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por tanto, es conveniente comenzar a desechar reivindicaciones clásicas del sector agrícola, como perseguir el "abuso de posición de dominio" de la distribución, por conducir a un camino sin salida, y reivindicar nuevas herramientas para controlar el poder de mercado como, por ejemplo, la regulación del poder de negociación. No es lo mismo el abuso de poder de mercado que el abuso de posición dominante.

En el caso español, esta preocupación de los poderes públicos ha llevado en el año 2020 a la aprobación, y posterior validación por las Cortes Generales, del Real Decreto Ley 5/2020 por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación, modificando aspectos significativos de la

Ley 12/2013 de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Ley que va volver a ser modificada para incorporar el contenido de la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario.

En definitiva, las administraciones públicas han decidido involucrarse en la búsqueda de soluciones a los problemas de falta de rentabilidad de las explotaciones agrarias, y una de las causas, aunque no la única, son los desequilibrios de poder de negociación a lo largo la cadena comercial agroalimentaria, propiciando situaciones en los que unos agentes son capaces de imponer sus condiciones al eslabón más débil de la cadena, que habitualmente es el sector productor primario.

La Generalitat Valenciana, a través de la Conselleria de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica, no podía ser ajena a estas preocupaciones sectoriales y por ello ha decidido participar con aportaciones que permitan paliar los efectos negativos de estos desequilibrios, contando con IVIFA como fundación privada, sin ánimo de lucro, cuyo fin primordial es el de fomentar el desarrollo integral de las personas vinculadas al sector agroalimentario mediante la investigación, la elaboración de estudios y la formación.

En concreto, las actividades que patrocina la Conselleria, y que ejecutará IVIFA, son las labores de investigación, elaboración y conclusión de un estudio sobre la viabilidad de introducir cláusulas específicas de reparto del valor como forma de distribución de las pérdidas y las ganancias entre todos los agentes intervinientes en el funcionamiento de la cadena alimentaria en los diferentes sectores productivos de la agricultura valenciana, dentro del cumplimiento de la normativa de Defensa de la Competencia de la UE, y otros aspectos relacionados como las prácticas comerciales desleales.

El objetivo de esta colaboración es dar a conocer las posibilidades ofrecidas por las últimas modificaciones y aportaciones de la normativa y jurisprudencia europea en materia Derecho de la Competencia y cláusulas de reparto de valor, abriendo la puerta a un reparto más equilibrado de los márgenes comerciales en la cadena; así como las posibilidades de cooperación entre empresarios agroalimentarios que permite la política de competencia, en el marco de la Política Agrícola Común. Como se analizará en este estudio, "la agricultura es un terreno fértil para la cooperación", pero hay que conocer bien el ámbito de la cooperación lícita en Agricultura.

En el contexto de un sector agroalimentario europeo, caracterizado por los mencionados problemas estructurales, y por la gran capacidad de compra de la distribución -mucho más profesionalizada que ningún otro

nivel de la cadena y con un gran poder de negociación, se observa una tendencia hacia la búsqueda de fórmulas para determinar un precio de las operaciones comerciales que tenga en cuenta los intereses de todas partes. Además, también se aprecia la orientación de estas fórmulas hacia la consideración de la marcha de los productos en los mercados, con el fin de evitar la rigidez que puede derivar de precios que no atiendan a aquellas circunstancias. Ahí es donde tiene un papel principal la denominada cláusula de reparto de valor, que es el objeto principal de este estudio.

Como posteriormente desarrollaremos, a finales del año 2017, el Reglamento (UE) 2017/2393 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2017, conocido como «Reglamento Ómnibus», modificó diversos Reglamentos correspondientes al ámbito de la ordenación de la agricultura en la Unión Europea, más conocida como la Política Agrícola Común (PAC), entre los que se encuentra el Reglamento (UE) n.º 1308/2013 por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios. Una de las novedades introducidas es la establecida en el apartado decimoséptimo del artículo 4 del Reglamento (UE) 2017/2393, por la que se introduce en el Reglamento (UE) n.º 1308/2013, la Sección 5 *bis* con la rúbrica «Cláusulas de reparto de valor» en la que se añade un nuevo artículo 172 *bis* con el título «Reparto de valor» y con el siguiente contenido:

«Sin perjuicio de todas las cláusulas específicas de reparto del valor en el sector del azúcar, los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, y su primer comprador podrán acordar cláusulas de reparto de valor, incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas».

En este contexto, se hacía necesario un estudio técnico que aproximara la noción de cláusula de reparto de valor en los contratos agropecuarios, por la que compartir beneficios y costes generados en la cadena en tutela de los productores, y que abordara la relación entre la normativa reguladora de dicha cláusula y las correspondientes al Derecho de Defensa de la Competencia, a la lucha contra la morosidad, al comercio minorista y, en el contexto autonómico, a la de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias. Y justo en este punto es en el que se incardina la colaboración técnica entre IVIFA y la Generalitat Valenciana a través de la Conselleria de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica.

II. EL SECTOR AGROALIMENTARIO EN LA COMUNIDAD VALENCIANA: UNA VISIÓN ECONÓMICA

Con carácter previo a afrontar el estudio técnico-jurídico, es necesario acotar el concepto de sector

agroalimentario valenciano y su importancia desde el punto de vista macroeconómico en la economía española y valenciana. Ya en 1999, la Conselleria de Agricultura publicó un estudio sobre el Sector Agroalimentario de la Comunidad Valenciana, basado en las Tablas Input-Output de 1990 de la Economía de la Comunidad Valenciana. En dicho estudio, se definía el Complejo Agroalimentario Valenciano (CAV), como compuesto por dos subsectores: Agricultura y Pesca, y la Industria de Alimentación, Bebidas y Tabaco (IABT). A su vez, aguas arriba y aguas abajo de estos dos subsectores, se denominaba Sistema Agroalimentario Valenciano a la suma del sector agrario, la industria de la alimentación, bebidas y tabaco, el comercio al por mayor y por menor de productos, los inputs agrarios y el transporte agrario, ya que todos ellos colaboran y participan en la actividad agroalimentaria.

Dadas las diferentes problemáticas que afectan a ambos sectores, se estima conveniente, a partir de los datos ofrecidos por el Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (IVIE), complementados con los de la Conselleria de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica, proporcionar, a modo de radiografía, algunas cifras de indicadores significativos de ambos subsectores, por separado y en conjunto, para caracterizar mejor su peso económico en el total de la economía valenciana y española.

El subsector estrictamente agrario está formado por 111.824 explotaciones, con una superficie agraria útil de 614.101 Has, 499.152 unidades de ganado, y genera 62.962 unidades de trabajo anuales. La pesca aporta 567 buques con un volumen de capturas desembarcadas de 29.555 toneladas. El personal ocupado agrario asciende a 64.600 personas y el porcentaje de asalariados sobre ocupados es del 70,3%. Predominan los cultivos leñosos sobre los herbáceos (86 y 14% respectivamente), y las tierras de regadío superan ligeramente el 50% de la superficie cultivada. En cuanto a la ganadería, el número de plazas en ganadería mayor es básicamente de porcino, con 1,2 millones (el 66% del total), seguido, a mucha distancia, por el ovino/caprino (29% del total). La ganadería bovina se sitúa en el 5% del total de cabezas. A ella hay que añadir la avicultura con 22 millones de plazas con producciones de carne y huevos (68% y 23% respectivamente).

La Comunidad Valenciana aporta el 11,7% de las explotaciones agrícolas de España, siendo la tercera Comunidad Autónoma en número de explotaciones, debido al minifundismo y la parcelación existentes. Sin embargo, su aportación es muy reducida en términos de superficie agrícola utilizada (2,6%). El número de explotaciones agrarias y la superficie total y útil han caído tanto en la Comunidad Valenciana como en España y sus regiones, lo que se combina con un aumento de la dimensión media.

En la Comunidad Valenciana y en el resto de regiones españolas, predominan las explotaciones agrícolas que realizan trabajo familiar, representando el 74,3% del total en la economía valenciana, y el 71,5% en España, respectivamente. En los últimos años ha disminuido el peso relativo de este tipo de explotación en beneficio de las que tienen trabajo fijo asalariado. En la Comunidad Valenciana, el peso del personal asalariado sobre el ocupado es mayor que en el conjunto de España (70,3% frente a 64,3%).

En cuanto a la industria de la alimentación, bebidas y tabaco de la Comunidad Valenciana está formada por 2.542 empresas, de las cuales el 79% son microempresas de menos de 10 trabajadores. El 87% del total de empresas corresponde a la rama de la alimentación. En la última década, la industria agroalimentaria valenciana ha experimentado un descenso del número de empresas, aunque ha aumentado su peso relativo en España, y en 2018 representan el 8,1% del total nacional (anteriormente sobre el 7-7,8%). En el ámbito de la Comunidad Valenciana en 2016 (ISAV 2016), el sector de la industria agroalimentaria representó, sobre el conjunto de la industria manufacturera de la C. Valenciana, el 14,3% del empleo (personas ocupadas) y 18,2% de las ventas netas (importe neto de la cifra de negocios), con 31.172 personas ocupadas y más de 9.300 millones de euros de cifra de negocios.

Por su parte, el sector agroalimentario en conjunto, en el apartado de Producción y Valor Añadido (IVIE),

con un importe de 4.633 millones de euros en 2016, la Comunidad Valenciana aporta el 8,2% del valor añadido del sector agroalimentario nacional, posicionando a la región como la sexta economía agroalimentaria española. Del valor añadido total del sector agroalimentario valenciano, el 51% lo aporta la industria de la alimentación, bebidas y tabaco y, el resto, el sector primario.

El sector agroalimentario suma el 5,2% del valor añadido de la economía de la Comunidad Valenciana (2,8% la industria de la transformación y 2,4% la agricultura y pesca), un porcentaje que se sitúa ligeramente por debajo del de España (5,6%, del cual 2,8 la industria y 2,8 el sector primario).

La Comunidad Valenciana proporciona el 9,2% de la producción vegetal, y el 3,8% de la producción animal de España. La producción cítrica es el principal producto agrario de la Comunidad Valenciana. En 2016 supuso el 51,3% de los cítricos españoles y el 33,3% de los de la UE.

Sobre una producción media española en las últimas campañas que oscila entre 7 y 7,5 millones de toneladas, la Comunidad Valenciana aporta, según campañas, entre 3,5 y 4 millones de toneladas. El principal destino es la comercialización en fresco: la exportación española se sitúa entre 3,8 y 4,2 millones de toneladas, de los cuales aproximadamente el 65% corresponden a la Comunidad Valenciana.

Dentro de la producción de la rama agraria de la Comunidad Valenciana los cítricos suponen, en valor, el 34,6% del total, seguidos por flores y planta ornamental, con el 13,6%, y hortalizas frescas, con el 10,7%. Vino y Aceite se mueven en el entorno del 2%, y el arroz sobre el 1%. El sector hortofrutícola, por su parte, como aglomerado de cítricos, resto de frutas frescas, y hortalizas frescas, representa el 52,8% del valor de la producción de la rama agraria. Toda la producción vegetal el 76,62% y la producción animal un 21,18% del total.

En cuanto a la industria agroalimentaria valenciana, con datos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, a 31 de diciembre de 2018, suponía el 9,3% del personal ocupado nacional, y el 8,3% de la cifra de negocios, situándose, por este último concepto, como la cuarta comunidad autónoma española, sólo por detrás de Cataluña, Andalucía y Castilla-León.

Los subsectores y, por tanto, las producciones más importantes de la industria de transformación de la Comunidad Valenciana medidas en ventas, es decir, en euros de facturación, serían las correspondientes a las empresas del sector cárnico (20%), seguido del de preparados y conservas de frutas y hortalizas (18%), y en tercer lugar el de panadería y pastas alimenticias (11%). Sectores socioeconómicamente tan importantes como el del vino y el aceite de oliva, al igual que ocurría en la producción primaria, pesan poco en el valor de su producción en el conjunto de la industria

agroalimentaria valenciana (4,1% y 1,1%, respectivamente).

Finalmente, por terminar con esta panorámica económica de la importancia del sector agroalimentario valenciano a nivel de la economía española, y valenciana en particular, la Conselleria de Agricultura, Desarrollo Rural, Cambio Climático y Transición Ecológica ha actualizado los datos de las tablas input-output de la economía valenciana que citábamos al principio de este apartado para medir la aportación económica del Sistema Agroalimentario Valenciano, resultando que este conglomerado agrario aporta a la economía valenciana el 11,48% del valor añadido bruto al coste de los factores, y el 13,11 del empleo total, con el desglose que puede verse en el cuadro siguiente:

Subsector	Participación en el VABac de la CV (%)	Participación en el empleo de la CV (%)
1.-Inputs y servicios para producción agraria y alimentaria	1,06	0,22
2.-Producción agraria	2,42	2,91
3.-Industria Agroalimentaria	2,85	2,05
4.-Transporte de insumos, productos agrarios y agroalimentarios	0,95	2,14
5.-Distribución, intermediarios y comercio al por mayor y al por menor productos agroalimentarios	4,20	5,79
Total Sistema Agroalimentario	11,48	13,11

Fuente: Conselleria de Agricultura, Desarrollo Rural, Cambio Climático Transición Ecológica. El sector agroalimentario en la Economía Valenciana. 2017.

Por último, y por su relevancia intrínseca, en el apartado de comercio exterior, y con datos del informe

del IVIE, las exportaciones agroalimentarias de la Comunidad Valenciana alcanzaron los 5.974 millones de euros en 2017. Aportan el 12,7% del total del sector en España y suponen el 20,3% del total de bienes exportados por la economía valenciana. Del total de exportaciones agroalimentarias, 1.925 millones de euros son productos de la industria de la alimentación y bebidas, y 4.049 millones de euros del sector agrícola. Este último aporta el 23,4% del total de exportaciones agrícolas de España, y la industria de la alimentación y bebidas valenciana contribuye en comparación sólo con el 6,4%. Por su parte, la Comunidad valenciana importó 3.802 millones de euros de productos agroalimentarios en 2017, el 10% de las importaciones españolas del sector y el 14,6% del total de importaciones de bienes de la región. Las importaciones agroalimentarias están compuestas por un 61% de alimentos y bebidas y en un 39% de productos agrícolas. En este contexto, la Comunidad es la tercera región exportadora (12,7%) y la cuarta región importadora (10,6%) del sector agroalimentario español.

El saldo comercial del sector agroalimentario valenciano fue de 2.171 millones de euros en 2017, consolidando a la Comunidad Valenciana como una región netamente exportadora y posicionándola como la tercera con mayor saldo comercial de España.

El grado de apertura de las exportaciones agroalimentarias valencianas fue del 121,6% en 2017, por encima del 78% de España. El sector agrícola presenta el mayor grado de apertura alcanzando el

169,9%, y se coloca por encima del sector en España (56,4%), así como de la industria de la alimentación y bebidas de la Comunidad Valenciana (76,3%). El 80,3% de las exportaciones agroalimentarias valencianas tiene como destino la UE. Alemania y Francia son los principales mercados, ya que captan el 39,8% de las exportaciones, por un valor de 2.379 millones de euros, principalmente frutas y hortalizas frescas. Por su parte, el mayor destino extracomunitario es Estados Unidos, que adquiere 172 millones de euros, el 2,9% de las exportaciones del sector.

PARTE PRIMERA

DERECHO DE LA COMPETENCIA, SECTOR AGRÍCOLA Y CLÁUSULA DE REPARTO DE VALOR

III. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU RELACIÓN CON EL SECTOR AGRÍCOLA

1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO REGULATORIO

El Derecho de la Competencia ha de considerarse elemento necesario en la construcción tanto del Mercado Único en la UE como de los distintos mercados nacionales de los EEMM. El mismo (tanto la Defensa de la Competencia como la competencia desleal) se dirige a fomentar el buen funcionamiento del mercado a través de la represión de conductas anticompetitivas y desleales, de forma que se protegen directa e indirectamente al mercado y a sus participantes.

No obstante, las especiales circunstancias y la relevancia de determinados intereses en ciertos mercados pueden aconsejar adoptar consideraciones que impactan sobre la aplicación del Derecho de la Competencia, en un sentido amplio, en vista que la aplicación sin matizaciones del mismo es insuficiente, e incluso contraproducente.

Así, las características del mercado de la cadena agroalimentaria -con importantes desequilibrios de

negociación generados por una atomización ineficiente de la oferta (pequeños agricultores, cooperativas y asociaciones de productores) que encuentran, en la otra parte, una alta concentración de los compradores (transformadores y distribuidores)- ha llevado al legislador europeo a adoptar una serie de normas específicas para el sector dirigidas a la obtener una mayor estabilidad en el mercado, y asegurar un nivel de vida equitativo para los productores, además de garantizar el suministro de los consumidores finales a precios razonables. Estos objetivos se obtienen a través de una necesaria reorganización del sector y el reequilibrio en las posiciones de negociación de los operadores.

La transformación del sector agrario se ha llevado a cabo a través de la publicación de una serie de normas tuitivas de la fragmentada oferta, centrada en dos medidas básicas. La primera, de corte más intervencionista, basada en los objetivos de la Política Agraria Común (arts. 38 a 44 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE-), que se materializan en la aprobación de las llamadas "exclusiones agrarias" a la aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios, recogida en el artículo 101.1 del TFUE.

A través de esta medida se busca fomentar la concentración de la oferta y reequilibrar las negociaciones en la cadena, permitiendo negociar colectivamente y, por tanto, de forma más eficiente,

las condiciones de venta, como contrapeso a la poderosa demanda, a través de dichas exclusiones agrarias al Derecho de la Competencia. En segundo lugar, se ha buscado atajar los abusos de dependencia y poder negociación que padecen los productores agrícolas a través de normas protectoras contra conductas desleales.

Es pacíficamente admitida la preeminencia de la Política Agraria Común (PAC) sobre las normas de competencia recogidas en el TFUE (arts. 101-106), algo que ha puesto de relieve el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), aunque con ciertos matices, y recordando que la competencia efectiva en los mercados es compatible con la PAC, y así ha quedado reflejado en el propio TFUE, en su artículo 42: *"Las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 43, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39"*.

En efecto, el artículo 42 TFUE establece que las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, en el marco de las disposiciones y de conformidad con el procedimiento del artículo 43 TFUE, apartado 2, teniendo en cuenta los objetivos enunciados

en el artículo 39 TFUE. A este respecto, el artículo 43 TFUE, apartado 2, prevé que el Parlamento y el Consejo establecerán, en particular, las disposiciones que resulten necesarias para la consecución de los objetivos de la Política Agrícola Común. Por lo tanto, para la consecución de los objetivos consistentes en instaurar una política agrícola común y establecer un sistema de competencia no falseada, el artículo 42 TFUE reconoce la primacía de la Política Agrícola Común con respecto a los objetivos del Tratado en el ámbito de la competencia y la facultad del legislador de la Unión de decidir en qué medida las normas sobre la competencia deben aplicarse en el sector agrícola (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, C 280/93, EU:C:1994:367, apartado 61, y de 12 de diciembre de 2002, Francia/Comisión, C 456/00, EU:C:2002:753, apartado 33).

De lo anterior se deduce, como ha señalado la jurisprudencia del TJUE, que las intervenciones del legislador de la Unión a tal efecto no tienen por objeto establecer excepciones o justificaciones a la prohibición de las prácticas mencionadas en los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 102 TFUE, sino excluir del ámbito de aplicación de esas disposiciones aquellas prácticas que, de producirse en un contexto distinto del de la PAC, estarían sujetas a su aplicación.

En vistas a armonizar los complementarios objetivos de la PAC y el Derecho de la Competencia, el legislador europeo estableció que las normas de Defensa de la

Competencia eran de aplicación al mercado agrario con algunas excepciones y matizaciones (por práctica y por producto) justificadas por la necesidad de permitir la colaboración entre productores. De esta forma, se equilibrarán las posiciones en la cadena agroalimentaria, cuya consecuencia es garantizar el suministro a los consumidores a la vez que se permite alcanzar condiciones de vida equitativa a los productores, obteniendo de esta forma, los fines de la PAC.

El modo en que se aplica el Derecho de la Competencia al mercado agrario ha ido requiriendo de modificaciones a los efectos de adaptarse a la evolución de la PAC, siempre en el camino de introducir concesiones -exclusiones- en materia de acuerdos colusorios (artículo 101.1 TFUE) entre empresas productoras.

En resumen, con carácter general, el Derecho de la Competencia se aplica sin excepción a todos los eslabones de la cadena alimentaria debido al carácter transversal de las reglas de competencia del TFUE y de la Ley 15/2007 en el plano nacional. No obstante, en lo que se refiere a las actividades de producción y comercialización de productos agrarios, la aplicación del Derecho de la Competencia está condicionada por el hecho de que debe ser compatible, o no debe poner en peligro, los objetivos específicos de la PAC recogidos en los artículos 39, 42 y 43.2 TFUE.

2. LAS EXCLUSIONES AGRÍCOLAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA: NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA (EL CASO ENDIVIAS 2017)

La fase inicial u originaria de adaptación de la política de competencia a las necesidades de la PAC puede encontrarse en los Reglamentos (CEE) N. 26 del Consejo, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas, y su reforma posterior, correspondiente a (CE)1234/2007 del Consejo de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas (Reglamento único para las OCM).

En ambos Reglamentos se recogía la inaplicación de la prohibición de los acuerdos colusorios prevista en el artículo 101.1 TFUE a los acuerdos, decisiones y prácticas entre empresas integrantes de una organización común de mercados (OCMs), y a aquellos acuerdos indispensables para la obtención de los fines de la PAC (artículo 39 TFUE). Concretamente, quedaban excluidos de la aplicación de la prohibición los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, asociaciones de éstos o asociaciones de éstas que pertenezcan a un único Estado Miembro (EM), siempre que no consistan en la obligación de aplicar un precio determinado, afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de

almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, a menos que la Comisión aprobase que la competencia quedaría de este modo excluida, o que los objetivos del artículo 39 TFUE se verían conculcados como consecuencia de estas prácticas.

El requisito de "indispensabilidad" de los acuerdos recogido en estos primeros textos normativos, que buscaban en el camino de armonización de la política de competencia y la PAC, fue interpretado por el TJUE y la propia Comisión Europea de forma ciertamente restrictiva. Concretamente, se entendió que sólo podrían ser considerados "indispensables" para alcanzar los fines de la PAC aquellos acuerdos que las normas reguladoras de la Organización Común de Mercados refirieran como mecanismo necesario para la realización de tales objetivos.

El siguiente paso de adaptación de las políticas de competencia y agraria común se materializó en el Reglamento (UE) n ° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n ° 922/72, (CEE) n ° 234/79, (CE) n ° 1037/2001 y (CE) n ° 1234/2007.

La promulgación del Reglamento responde a una intensa reestructuración de la política agrícola, justificada por un creciente desequilibrio y dependencia económica en los mercados agrarios entre, de una parte, los

productores de materias primas y, de otra, la concentrada distribución agroalimentaria.

Las consecuencias económicas que origina esta configuración de los mercados y los abusos de la parte más débil de la cadena son problemas en la determinación del precio equitativo obtenidos por los productores, en directo conflicto con uno de los fines más importantes de la PAC.

Las medidas dirigidas a obtener un mayor equilibrio de las posiciones en la cadena a través del refuerzo de la oferta iban a tener un impacto directo en la normativa de competencia, por lo que se hizo indispensable una reforma de esta última.

Evidentemente, la concentración de la oferta pasa por relajar la aplicación del Derecho de la Competencia a tales conductas, aprobando exclusiones más amplias en lo que respecta a los acuerdos colusorios entre productores dirigidos a reforzar su posición. En este sentido, el Reglamento reconoce una exclusión general a la aplicación del artículo 101.1 TFUE, compatible y alineada con otras vías de exclusión transversales para todos los mercados y tipos de acuerdo (aquella prevista en el apartado tercero del artículo 101 TFUE, esto es, la defensa de la eficiencia y, en segundo lugar, las recogidas en los Reglamentos de Exención por Categorías).

En cualquier caso, la concesión de la exclusión está subordinada al cumplimiento de los requisitos recogidos

en el mismo artículo 209.1: ser necesario para alcanzar los objetivos del artículo 39 TFUE, que su objeto se refiera a la producción o venta de productos agrarios o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrario y no consista en la fijación de precios excluyendo la competencia: *“El artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas contemplados en el artículo 206 del presente Reglamento que sean necesarios para la consecución de los objetivos fijados en el artículo 39 del TFUE”*.

En consecuencia, el artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de agricultores, asociaciones de agricultores o asociaciones de estas asociaciones, organizaciones de productores reconocidas al amparo del artículo 152 del Reglamento, o asociaciones de organizaciones de productores reconocidas al amparo del artículo 156 del Reglamento, que se refieran a la producción o venta de productos agrarios, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrarios, a menos que pongan en peligro los objetivos del artículo 39 del TFUE.

Ahora bien, como recordaba la Sentencia del Tribunal Supremo n. 2485/2016, 21 de noviembre de 2016, hay que tener presente que el artículo 209.3 (UE) n° 1308/2013 tajantemente dispone que no se aplicará dicha excepción

a los "acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que conlleven la obligación de cobrar un precio idéntico o por medio de los cuales quede excluida la competencia". Teniendo en cuenta -dice el TS- que la regla general se establece en el artículo 101.1 del TFUE, a saber, que son "incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior".

Adicionalmente, el Reglamento incluye dos novedades. En primer lugar, el artículo 210 del Reglamento declara una exclusión, previa autorización, incluso a través de silencio positivo, a la Comisión, a favor de organizaciones interprofesionales reconocidas en un EM en el marco de diversos sectores. En segundo, recoge exclusiones a la prohibición del artículo 101.1 TFUE en relación con determinados sectores (por ejemplo, el de la leche) para la negociación colectiva en contrato de suministro a través de organizaciones de productores. El objetivo de esta segunda medida es el de incrementar la eficiencia en el funcionamiento del mercado agrupando la oferta. Exclusión que se amplió, en contra del criterio de las Autoridades nacionales de la competencia, en el Reglamento OCM de 2013, a sectores como el del aceite de oliva, la carne de vacuno y cultivos herbáceos.

Como consecuencia de la extensión de esta política permisiva a otros sectores, la Comisión, a los efectos de permitir la auto-evaluación de los operadores de la naturaleza competitiva de sus instrumentos de cooperación, hizo públicas unas Directrices de Aplicación de los arts. 169-171 del Reglamento.

El OCM 2013 y los Reglamentos delegados también desbloquearon una serie de opciones: otorgaron, en los sectores de frutas y hortalizas y en el sector del azúcar, la posibilidad a los productores, las asociaciones de productores o las organizaciones de productores y sus asociaciones de acordar medidas de adaptación de la oferta a la demanda y garantizar el valor añadido y la calidad de determinados productos; permitieron a organizaciones interprofesionales reconocidas adoptar decisiones dirigidas a regular la oferta, que estabilizaran el mercado común en el sector de los vinos, incluidas las uvas y los mostos; y habilitaron a los EM, tras la solicitud de una organización de productores, organización interprofesional o un grupo de productores, a regular durante un tiempo limitado la oferta de quesos con Denominación de Origen Protegida o Indicación Geográfica Protegida de jamones con Denominación de Origen Protegida o Indicación Geográfica.

Finalmente, el artículo 222 del Reglamento reconoce exclusiones de la prohibición de acuerdos colusorios en contextos de graves desequilibrios (crisis) del sector: *"Durante los períodos de desequilibrios graves en los*

mercados, la Comisión podrá adoptar actos de ejecución a efectos de que el artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplique a los acuerdos y decisiones de las organizaciones de productores reconocidas, de las asociaciones de estas y de las organizaciones interprofesionales reconocidas pertenecientes a cualquiera de los sectores a que se refiere el artículo 1, apartado 2, del presente Reglamento, siempre que tales acuerdos y decisiones no menoscaben el correcto funcionamiento del mercado interior, tengan como única finalidad estabilizar el sector afectado y entren en una o más de las siguientes categorías: a) retirada del mercado o distribución gratuita de sus productos; b) transformación y procesado; c) almacenamiento por operadores privados; d) medidas de promoción conjunta; e) acuerdos sobre requisitos de calidad; f) adquisición conjunta de insumos necesarios para combatir la propagación de plagas y enfermedades en los animales y las plantas en la Unión, o de insumos necesarios para hacer frente a los efectos de las catástrofes naturales en la Unión; g) planificación temporal de la producción, teniendo en cuenta la naturaleza específica del ciclo de producción”.

De hecho, el pasado 7 de julio, la Comisión Europea adoptó un paquete de medidas extraordinarias para apoyar al sector vitivinícola europeo, duramente golpeado por la pandemia de la COVID-19 debido a la fuerte caída de la demanda provocada por el cierre de restaurantes y bares en toda la Unión, que no fue compensada por el

consumo doméstico (el propio gobierno español ha limitado, por Real Decreto, la vendimia, al igual que han hecho los productores de champán en Francia, ante el dramático descenso en las ventas). Se trata del Reglamento de ejecución (UE) 2020/975 de la Comisión, de 6 de julio de 2020, por el que se autorizan acuerdos y decisiones relativos a las medidas de estabilización del mercado en el sector vitivinícola. La exclusión otorgada por la Comisión se ha adoptado en el marco del artículo 222 del Reglamento 1308/2013.

En el contexto de las medidas adoptadas, la Comisión otorgó una derogación o suspensión temporal de la aplicación de las normas de competencia, que permite a los operadores auto-organizarse y llevar a cabo acuerdos para estabilizar el sector durante un período de 6 meses, según se indica en la nota de prensa publicada. Ello permitirá a los productores de uva y vino concluir acuerdos relativos a la producción, la cooperación en el almacenamiento, la realización de actividades de promoción conjuntas, así como otras medidas relativas a los requisitos de calidad y la planificación común de la producción.

Cabe señalar que la exclusión no se aplicará a aquellos acuerdos y decisiones que, directa o indirectamente, ocasionen una segmentación de los mercados, una discriminación por razón de la nacionalidad o una fijación de los precios, a los que se continuará aplicando la prohibición de acuerdos o prácticas anticompetitivas prevista en el artículo 101

del Tratado de Funcionamiento de la UE, tal y como dispone el considerando 17 del Reglamento de Ejecución por el que se declara la exclusión. Para controlar que los acuerdos no vayan más allá de lo previsto, deberán ser notificados a las autoridades nacionales a fin de que se pueda realizar un seguimiento y control de los mismos.

La decisión adoptada por la Comisión Europea va en línea con la adoptada hace unos meses por el Gobierno del Reino Unido de derogar parcialmente la legislación de competencia para apoyar a la industria láctea durante la pandemia. Con esta medida, se permitieron acuerdos entre productores para compartir instalaciones y mano de obra, así como la cooperación para reducir temporalmente la producción, entre otros aspectos. Se trata, por tanto, de un instrumento valioso que no se ha planteado para el sector hortofrutícola español, lo que demuestra que éste debe profesionalizarse en el uso de las herramientas que el Derecho de la Competencia ofrece.

Sin embargo, volviendo al régimen general, pese a los constantes esfuerzos del legislador europeo por adaptar la normativa de competencia a las necesidades del sector agrícola, los resultados obtenidos son escasos, habiendo continuado la evolución del sector hacia una polarización del mercado en el que la demanda presenta un poder creciente, derivado de la intensa concentración, que empuja los precios de los productos hacia abajo, impidiendo, en algunos casos, incluso

cubrir los costes en los que los productores han incurrido.

Como respuesta, se profundiza en la línea política de flexibilizar la normativa de competencia en su aplicación en el mercado agrario, tanto por vía legislativa como jurisprudencial, promulgando el Reglamento (UE) 2017/2393 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2017 (el Reglamento Ómnibus), y a través de la interpretación del TJUE, entre otras, en el que probablemente sea el caso más importante sobre la materia, en el asunto Endivias, Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 14 de noviembre de 2017.

En el caso Endivias, el TJUE resuelve una cuestión planteada por la Corte de Casación francesa en un supuesto que había enfrentado a la Autoridad Nacional de la Competencia francesa y algunas organizaciones de productores (OP) de endivias del país. Estos últimos habían optado por fijar una línea de actuación en la que habían pactado distintas cuestiones. En primer lugar, las organizaciones habían fijado las cantidades de endivias que se venderían. En segundo lugar, se habían acordado los precios del bien a través del mecanismo de precios mínimos semanales, precios medios de referencia y precio mínimo en pujas de subastas. Y, finalmente, se había articulado un sistema de intercambio de información estratégica.

En la resolución de 2017 el TJUE establece los requisitos que han de cumplirse para que las prácticas

de las organizaciones de productores y de las asociaciones de organizaciones de productores se sustraigan a la aplicación de las prohibiciones dispuestas por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, señalando que:

- las prácticas que tengan por objeto la fijación colectiva de precios mínimos de venta, una concertación relativa a las cantidades comercializadas o el intercambio de información estratégica, como las controvertidas en el litigio principal, no pueden sustraerse a la prohibición de las prácticas colusorias establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, cuando se convengan entre diferentes organizaciones de productores o asociaciones de organizaciones de productores o con entidades no reconocidas por un Estado miembro para la consecución de un objetivo definido por el legislador de la Unión Europea en el marco de la organización común del mercado considerado, tales como las organizaciones profesionales que no disponen del estatuto de organización de productores, de asociación de organizaciones de productores o de organización interprofesional conforme a la normativa de la Unión Europea, y de que

- las prácticas que tengan por objeto una concertación relativa a los precios o a las cantidades comercializadas o el intercambio de información estratégica, como las controvertidas en el litigio principal, sí pueden sustraerse a la prohibición de las prácticas colusorias establecida en el artículo 101

TFUE, apartado 1, cuando se convengan entre miembros de una misma organización de productores o de una misma asociación de organizaciones de productores que haya sido reconocida por un Estado miembro y sean estrictamente necesarias para la consecución del objetivo u objetivos asignados a la organización de productores o la asociación de organizaciones de productores de que se trate con arreglo a la normativa de la Unión Europea.

Esta doctrina, aunque emanada en el marco del sector hortofrutícola, es perfectamente trasladable a otros sectores agroalimentarios (cereales, arroz, azúcar, tabaco, lácteos o vacuno), siempre que se ajusten a los objetivos típicos de sus OPs y AOPs.

La pieza esencial para la cooperación lícita en agricultura está, por tanto, en el marco de la organización de productores o de la asociación de productores. Fuera de ese marco seguro, cualquier intento de coordinación en precios será analizado y, probablemente, sancionado por infracción del artículo 101 TFUE o 1 LDC. En consecuencia, la reivindicación histórica sobre el precio mínimo de venta, entendida como una coordinación del sector para tratar de reducir la asimetría de poder con los compradores -principalmente, la gran distribución-, debería desecharse, por ser un límite infranqueable del Derecho de la Competencia -no obstante, hay que estar atentos, como luego se dirá, a los resultados de la normativa francesa de 2018, cuya compatibilidad con el Derecho de

la Competencia es discutible-. Consciente de ello, el legislador está explotando otras vías, como luego se analizará, como es la prohibición de destrucción de valor en la cadena, que sitúa la cuestión en el ámbito del Derecho administrativo sancionador y en el de la competencia desleal.

Además, obsérvese que, para poder cumplir con este salvoconducto, y no aplicar el Derecho de la Competencia, no sólo se exige ser una OPs o AOPs, sino que es necesario que ésta haya sido reconocida por un Estado. De hecho, en Francia, la autoridad de competencia dictó la Resolución 18-D-06, de 28 de mayo de 2018, sancionando a la Unión General de Viticultores de Côtes du Rhône por difundir instrucciones a sus miembros sobre precios mínimos y negociar un precio común en representación de todos, considerando que, al no ser una OP reconocida por el Estado francés, no puede sustraerse a la aplicación de las normas de competencia que prohíben las prácticas colusorias.

En línea con esta jurisprudencia que refleja la voluntad de relajar la aplicación de las normas de competencia en materia de acuerdos entre productores en el seno de una OPs o AOPS, siempre que la misma esté reconocida por una EM, se encuentra el Reglamento Ómnibus -última de las fases de la evolución del Derecho de la Competencia en relación con el mercado agrario-. En el mismo se consolida la doctrina manifestada en Endivias, incrementándose la laxitud de los Reglamentos analizados anteriormente, tendente a conceder ciertos

beneficios a la concertación de los productores en torno a las figuras clave de OPs y AOPs reconocidas por un EEMM, así como el de las organizaciones interprofesionales, y reforzando el papel de estas últimas.

Así, en vista del creciente desequilibrio en los mercados agrarios, se incentiva la agregación de la producción agrícola con el objeto de generar poder de mercado en la oferta, que sirva para contrarrestar al poder concentrado de la demanda, aumentando, presumiblemente, la competencia en el mercado.

Esta filosofía ampara la inserción del artículo 152 bis y la reforma del artículo 152 del Reglamento anterior, que extiende la no aplicación del artículo 101.1 TFUE a los acuerdos alcanzados entre productores en el seno de OPs y AOPs:

"No obstante lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, del TFUE, una organización de productores, reconocida en virtud del apartado 1 del presente artículo, podrá planificar la producción, optimizar los costes de producción, comercializar y negociar contratos para el suministro de productos agrícolas, en nombre de sus miembros con respecto a una parte o a la totalidad de la producción.

Las actividades a que se refiere el primer párrafo podrán tener lugar: a) siempre que se ejerzan realmente una o varias de las actividades contempladas en el apartado 1, letra b), incisos i) a vii), contribuyendo

así al cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE; b) siempre que la organización de productores concentre la oferta y comercialice los productos de sus miembros, con independencia de que los productores transfieran o no la propiedad de los productos agrícolas a la organización de productores; c) con independencia de que el precio negociado sea o no el mismo para la producción conjunta de algunos o todos los miembros; d) siempre que los productores de que se trate no sean miembros de ninguna otra organización en lo que atañe a los productos cubiertos por las actividades a que se refiere el párrafo primero; e) siempre que el producto agrícola en cuestión no esté sujeto a una obligación de entrega derivada de la pertenencia del agricultor a una cooperativa que no es miembro de la organización de productores de que se trata, de conformidad con las condiciones establecidas en los estatutos de la cooperativa o por las normas y decisiones previstas en ellos o derivadas de ellos”.

Este papel otorgado a las OPs ha de interpretarse también aplicable las AOPs, en la finalidad de estimular más aún la concentración de la producción y obtener un equilibrio de poder en la cadena agroalimentaria, obteniéndose mejores condiciones para los productores agrícolas, especialmente en lo que atañe en una cuantía equitativa como precio, de forma que los precios que se abonan en origen y al final de la cadena guarden una relación de razonabilidad. En aras de alcanzar estos fines, se reconoce expresamente la posibilidad de

alcanzar acuerdos en el seno de OPs y AOPs siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo 152 *bis*.

Sin embargo, estas exclusiones implican también un riesgo potencial, que se proyecta en varios frentes: en primer lugar, en lo que se refiere a la eliminación o falseamiento de la competencia entre los productores (algo que sucedería si, por ejemplo, el poder de algunos productores en el marco de las OPs permitiera prohibir a otros agricultores pertenecientes a la organización la negociación independiente de precios y otras condiciones); pero también en materia de abusos (precios excesivos, restricciones de la producción retirada o almacenamiento de *stock*, repartos de mercados) originados por el poder de mercado potencialmente ostentado por OPs y AOPs. Téngase en cuenta que los parámetros para analizar la infracción del Derecho de la Competencia son distintos en el marco de los acuerdos colusorios y del abuso de posición de dominio.

Es decir, que las autoridades de competencia no puedan sancionar los acuerdos dentro de las OPs y AOPs no significa que no puedan aplicar el ilícito del artículo 102 TFUE o 2 LDC en caso de abuso de posición dominio adquirida por dichas OPs o AOPs, pues éstas no se benefician de ninguna excepción a este respecto en el Reglamento ni en la jurisprudencia del TJUE.

Reconociendo estos riesgos, el artículo 152,1 *quáter* establece que: "*La autoridad nacional de competencia a que se refiere el artículo 5 del Reglamento (CE) n.*

1/2003 podrá decidir en casos concretos que, en el futuro, una o más de las actividades contempladas en el apartado 1 bis, párrafo primero, se modifiquen, suspendan o no se lleven a cabo en absoluto si considera que ello es necesario para evitar la exclusión de la competencia o si considera que se ponen en peligro los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE.

En el caso de las negociaciones que abarquen a más de un Estado miembro, la decisión contemplada en el párrafo primero del presente apartado será adoptada por la Comisión sin aplicar el procedimiento mencionado en el artículo 229, apartados 2 o 3.

Al actuar en virtud del párrafo primero del presente apartado, la autoridad nacional de competencia informará a la Comisión por escrito antes o inmediatamente después de iniciar la primera medida formal de investigación y, también, informará a la Comisión de las decisiones tan pronto como se adopten.

Las decisiones a que se refiere el presente apartado no serán aplicables antes de la fecha de su notificación a las empresas de que se trate”.

Por lo tanto, actualmente, las autoridades de competencia no podrán sancionar este tipo de prácticas dentro de las OPs y AOPs, aunque las consideren perjudiciales para la competencia, pero sí modificarlas, suspenderlas o impedir que se sigan ejecutando.

En resumen, pese a esta notable extensión de las exclusiones a la prohibición de acuerdos colusorios de

los acuerdos que se concluyen en el seno de OPs y AOPs, se mantiene el párrafo III del artículo 209.1 por el que se prohíbe expresamente los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que conlleven la obligación de cobrar un precio idéntico o por medio de los cuales quede expresamente excluida la competencia. De modo que no quedan excluidos los acuerdos y decisiones de fijación de precios mínimos entre agricultores y sus asociaciones, aunque sí las concertaciones relativas a precios en el seno de las OPs y AOPs. Pero los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas no pueden llegar hasta el punto de imponer la obligación a productores de cobrar un precio idéntico o cualquier otra imposición que pueda excluir la competencia entre ellos, particularmente cuando la comercialización se realice de manera independiente. Por ello, cuando la comercialización se realice de manera independiente, y no en el marco de una comercialización unitaria de los productos por parte de la OPs o AOPS, el valor del precio acordado no pasa de ser una recomendación de precios para sus miembros, de la que son libres de separarse.

3. EL SECTOR AGRÍCOLA EN LAS RESOLUCIONES DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La autoridad nacional de competencia (actualmente, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia)

tiene experiencia respecto de los límites infranqueables en el ámbito del sector agrícola. La CNMC, en su Informe IPN/CNMC/007/18, de 22 de mayo de 2018, recordó -en relación con el sector lácteo- que se mantienen vigentes las consideraciones generales sobre la aplicabilidad de la normativa de competencia a todos los sectores productivos, sin perjuicio de las nuevas modulaciones introducidas recientemente en el Derecho derivado europeo en materia agraria que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente.

En relación con la prohibición de fijación precios destaca, entre otras, la resolución de 19 de diciembre de 2013, caso "Desmotadoras de algodón", en la que tras la denuncia de la Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos de Andalucía contra varias empresas del sector por conductas "consistentes en la fijación de los precios pagados a los productores de algodón, reparto de mercado y cierre de mercado a otras empresas", la autoridad de la competencia declaró la infracción, imponiendo sanciones por un valor superior al millón de euros.

Respecto a la prohibición de conductas que limiten o controlen la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones, reseñar el caso "Carpa Dorada", Resolución de 4 de julio de 2013, por prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de comercialización de la mandarina Nadorcott, consistentes en la implantación de un sistema de

identificación de la fruta que limitaba los canales para su comercialización.

En relación con el reparto de mercado, entre otros, caso "fabricantes de turrón", Resolución de 7 de abril de 2016, en la que se concluye que el intercambio de información comercial acerca de las condiciones de comercialización aplicadas por los fabricantes de turrón a las empresas de distribución clientes, tenía como objeto el reparto de tales clientes entre las partícipes en el intercambio y tuvo como efecto la reducción de la rivalidad que debería haberles enfrentado a la hora de tratar de lograr ser el suministrador elegido por una determinada empresa de distribución.

Y, sin ánimo de exhaustividad, resoluciones de 22 de mayo de 2014, caso "Consejo regulador de la denominación de origen vinos de jerez y manzanilla de sanlúcar"; resolución de 28 de julio de 2010, caso "vinos finos de jerez"; o a la resolución de 13 de septiembre de 2010, caso "semillas de girasol", a este último respecto de la prohibición de subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Se da la circunstancia, además, de que en algunos de estos casos -por ejemplo, "Anfacó", "vinos de jerez" o "industrias lácteas 2"-, la Administración tuvo algún tipo de participación en la gestación de los acuerdos prohibidos. Y si bien es cierto que en ningún caso se sancionó a la Administración porque no actuaba como

operador económico, los integrantes del cártel sí lo fueron, y aunque intentaron que se les rebajasen las multas amparándose en la confianza legítima que les proporcionaba la Administración, este argumento no suele servir de mucho en estos procedimientos de Competencia.

En consecuencia, es importante recordar que la participación de las Administraciones Públicas en los acuerdos entre operadores del sector agroalimentario no impide la aplicación de la normativa de competencia a los operadores que son parte de dichos acuerdos.

II. APROXIMACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR EN EL SECTOR AGROALIMENTARIO

Como se ha indicado, el Reglamento (UE) 2017/2393 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2017, en adelante, "Reglamento Ómnibus"), modificó a finales del año 2017 diversos Reglamentos correspondientes al ámbito de la Política Agraria Común ("PAC"), correspondiente al periodo 2014-2020, entre los que se encuentra el Reglamento (UE) n.º 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 922/72, (CEE) n.º 234/79, (CE) n.º 1037/2001 y (CE) n.º 1234/2007 (DO L 347 de 20.12.2013, p. 671).

El apartado decimoséptimo del artículo 4 del Reglamento Ómnibus introdujo en el Reglamento OCM la Sección 5 *bis* con la rúbrica "*Cláusulas de reparto de valor*", en la que se añade un nuevo artículo 172 *bis* con el título "*Reparto de valor*", mediante el que se habilita la posibilidad de que los agricultores, e inclusive, las asociaciones de estos, y su primer comprador, pueden pactar el reparto de valor. En concreto, el artículo 172 *bis* del Reglamento OCM establece:

"Sin perjuicio de todas las cláusulas específicas de reparto del valor en el sector del azúcar, los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, y su primer comprador podrán acordar cláusulas de reparto de valor, incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas".

Las cláusulas de reparto de valor son acuerdos dirigidos a determinar una obligación de pago por parte de uno de los contratantes, que toma en consideración circunstancias tales como los beneficios o pérdidas obtenidos por una de las partes y en los que, en consecuencia, se atiende a los precios de los productos en el mercado. Ello por cuanto, como es sabido, existe la posibilidad de fluctuación en los precios de los productos agrícolas en el mercado, consecuencia del transcurso del tiempo en relación con otros a múltiples

factores, como son los de carácter meteorológico, agronómico, comercial, e incluso legal.

En el contexto de la regulación de las cláusulas de reparto de valor previstas para el sector agroalimentario se podrán tomar como referencia las ganancias o pérdidas de la parte compradora en la posterior venta y, por lo tanto, los precios de los productos en el mercado y también el precio de las materias primas.

La operativa que habilita la posibilidad de negociar y acordar cláusulas de reparto de valor presenta similitudes con las dinámicas propias de contratos asociativos, aunque su naturaleza jurídica es completamente distinta. Por otra parte, este tipo de cláusulas relativas a la fijación del precio sobre aspectos variables también se asemejan a las conocidas en el sector de la inversión. Con éstos comparte la operativa, pero no la naturaleza. Es decir, la utilización de cláusulas de valor no modifica la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el productor y el primer comprador, que sigue siendo una compraventa. La cláusula de valor es un elemento económico, distinto del precio de venta, que trata de asignar una más eficiente participación en la cadena de valor de un producto desde origen hasta el vendedor final (normalmente, la gran distribución).

Del contenido establecido en el artículo 172 *bis* del Reglamento OCM se puede afirmar que se trata de un acuerdo parcialmente tipificado de manera expresa, con

carácter dispositivo y voluntario. Aunque, como ahora se explicará, la cláusula de reparto de valor no es técnicamente precio de venta, su establecimiento puede generar a las partes el devengo de obligaciones de pago, distintas de la del precio de venta. Como se ha indicado, la cláusula de reparto de valor comporta el reconocimiento contractual de un componente variable del precio de la operación, ligado a factores económicos, incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas.

No hay que confundir precio de venta y cláusula de reparto de valor. Mientras que el precio es la contraprestación por el cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa -el producto agrícola- y, por tanto, es un elemento esencial del contrato; en cambio, la cláusula de reparto de valor, por una parte, es un elemento accesorio del contrato, por lo que, para que sea exigible, requiere de pacto expreso, y, por otra, en puridad es una ventaja adicional, que se engloba en el concepto más amplio de retribución, pero que no forma parte del precio. En realidad, se trata de una condición comercial que genera una posible obligación adicional de pago a favor de una de las partes.

Ello, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia europeo y nacional, tiene cierta importancia, por cuando la concentración en el lado de

los productores para la negociación de una cláusula de valor estándar no puede calificarse como un acuerdo colusorio sobre precio, sino sobre condiciones comerciales. Y aunque en ambos casos el acuerdo puede calificarse como colusorio y contrario al artículo 101.1 TFUE y 1.1 LDC, en realidad, las posibilidades de que el acuerdo pueda cumplir con los requisitos del apartado tercero de sendos preceptos son diferentes.

Consciente de ello -que cláusula de reparto de valor no es precio-, el legislador europeo, que no ha variado su política de competencia respecto de la concertación de precios, con el matiz expuesto por la jurisprudencia del TJUE en el caso endivias 2017 (OPs y AOPs), en cambio, sí ha sufrido una evolución clara a hacia la ampliación y fomento del recurso a la cláusula de valor, permitiendo su concertación, como mecanismo para eliminar asimetrías en la cadena, siempre que se realice en el marco de una interprofesional autorizada por un Estado miembro, tal y como veremos a continuación. De hecho, la reforma operada a finales de octubre del mismo año confirma esta posición.

Por otra parte, también desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, desde la relación productor-comprador, una cláusula de reparto de valor podría llegar a ser calificada como un acuerdo vertical entre éstos. La cual, pese a estar expresamente autorizada por el artículo 172 *bis* del Reglamento OCM, podría llegar a plantear problemas de eficiencia cuando no equilibre equitativamente los intereses de las partes y

del mercado, por ejemplo, cuando su objetivo o efecto sea trasladar al productor el riesgo ante la merma de precios finales en contextos de tendencia a la baja de precios de productos agrícolas.

La redacción del artículo 172 *bis* del Reglamento OCM, introducido por el Reglamento Ómnibus, permite advertir una clara ampliación del ámbito de aplicación de las cláusulas de reparto de valor. Como se analizará en posteriores apartados, las cláusulas de reparto de valor en el sector agrícola aparecen como una medida específica del sector del azúcar, para, posteriormente, reconocerse como una posibilidad genérica para todo el sector agrícola. Se observa, por tanto, una tendencia a la ampliación de la aplicación de las cláusulas de valor, tanto en lo que atañe a los sujetos que pueden acordarlas, como a los indicadores que se pueden tomar como referencia.

Como se desarrollará en este estudio, el objetivo perseguido, tanto por el legislador europeo en sede de competencia, como por el nacional en sede contractual, es contribuir a un mejor equilibrio del poder de negociación en las relaciones comerciales de la cadena agroalimentaria desde el Derecho de contratos.

El carácter voluntario de la cláusula de reparto de valor comporta que una adecuada fijación del reparto sólo será posible cuando el mayor poder de negociación de la demanda se compense con una concentración en la oferta, con los límites permitidos por el Derecho de la Competencia que, en este ámbito, significa concentrar

la oferta en torno a organizaciones profesionales, OPs y/o AOPs.

Ahora bien, aunque el legislador considera que el marco más adecuado para este tipo de pactos es el de las organizaciones interprofesionales, nada impide que las cláusulas de reparto de valor se pacten directa e individualmente entre productores y compradores. Lo que sería contrario al Derecho de la Competencia y podría acarrear importantes sanciones sería una negociación entre productores fuera del paraguas de las interprofesionales, las OPs y las AOPs. Debiendo recordar, además, que, como se estableció en el caso endivias 2017, la negociación entre OPs y AOPs también constituiría una infracción del Derecho de la Competencia, por lo que el puerto más seguro es el de las organizaciones interprofesionales.

Por último, desde una perspectiva de Derecho comparado, es oportuno señalar la apreciación que realiza la autoridad nacional de Defensa de la Competencia francesa, *Autorité de la Concurrence* en su *Avis n° 18-A-04 du 3 mai 2018 relatif au secteur agricole* (apartado 224, pág. 53), al afirmar sobre las cláusulas de reparto de valor (traducción libre): *"La redacción del artículo 172 bis del Reglamento de la OCM destinada a 'cualquier evolución de los precios de mercado relevantes de los productos en cuestión o de otros mercados de materias primas' puede relacionarse con tener en cuenta las fluctuaciones en el precio de venta del producto alimenticio, pero también el precio de las*

materias primas utilizadas en el proceso de producción, como los insumos agrícolas, que a menudo condicionan en gran medida los costos de producción, e incluso, como se indicó anteriormente, los precios de los productos agrícolas de cultivos alternativos por los que los agricultores podrían optar". Pero advierte en el apartado 226 que: "Desde un punto de vista económico, sin embargo, estos mecanismos de indexación deben usarse con cautela. De hecho, los mecanismos que neutralizan una parte demasiado grande del impacto de las variaciones en los costos de producción sobre los ingresos de los productores podrían inducir riesgos, como la creación de un peligro adicional que pesa sobre los compradores de productos agrícolas, un posible estímulo a los compradores para que limiten sus adquisiciones de productores franceses que probablemente dé lugar a una disminución de la competitividad de los productores franceses en comparación con los productores europeos, y una disminución del incentivo para que los productores optimicen su proceso de producción. Por el contrario, un reparto del valor teniendo en cuenta las posibilidades de valoración por parte del primer comprador puede llevar a limitar el incentivo de los primeros compradores a hacer el mejor uso de su producción, ya que un aumento en el precio negociado con su cliente solo los beneficiaría parcialmente".

1. EL ORIGEN REGULATORIO DE LAS CLÁUSULAS DE VALOR: EL SECTOR DEL AZÚCAR

El artículo 172 *bis* del Reglamento OCM inicia su redacción con la referencia a todas las cláusulas específicas de reparto de valor en el sector del azúcar, que constituyen un reconocimiento preexistente al que efectúa el artículo 172 *bis* y que, en consecuencia, constituye un punto de partida lógico para entender la configuración de las cláusulas de reparto de valor y su adecuación a las normas de competencia.

Así, el artículo 125.1 del Reglamento OCM, referente a los acuerdos en el sector de azúcar, establece que las condiciones de compra de remolacha azucarera y caña de azúcar, incluidos los contratos de suministro previos a la siembra, se regirán por acuerdos escritos interprofesionales. El artículo 125.3 OCM establece que los citados acuerdos se ajustarán a las condiciones de compra que establece el anexo X del mismo Reglamento, desde la fecha 1 de octubre de 2017, momento en el que finalizó el sistema de cuotas por el que se gestionaba el sistema de producción. Y, finalmente, el artículo 125.4 del Reglamento OCM prevé que: "*(a) fin de tener en cuenta las características específicas del sector del azúcar y la evolución del mismo durante el período siguiente al final de las cuotas de producción, se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 227 en lo referente a: (...) b) actualizar las condiciones de compra de remolacha a que se refiere el anexo X*".

Durante la vigencia del sistema de cuotas del sector del azúcar, con vigencia hasta el 1 de octubre de 2017, se contemplaron las cláusulas de reparto de valor como una de las condiciones de compra de la remolacha previstas en el Anexo XI, Punto XI, al establecer en su apartado 3.j) que el acuerdo: *"establecerá, en particular, lo siguiente: (...) j) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 135, cláusulas relativas al reparto, entre la empresa azucarera y los vendedores de remolacha, de la diferencia que pueda haber entre el umbral de referencia y el precio real de venta del azúcar"*.

A estos efectos, es oportuno recordar que el artículo 135 del Reglamento OCM estableció que: *"el precio mínimo para la remolacha de cuota será determinado por el Consejo con arreglo al artículo 43, apartado 3, del TFUE"*. De esta forma, la previsión contenida en el Punto XI del Anexo XI permitía la convivencia del sistema cuotas y del establecimiento de cláusulas de reparto de valor en los acuerdos entre la empresa azucarera (a modo de primer comprador) y los vendedores de remolacha (en definitiva, los agricultores o asociaciones de agricultores), por las que dichas partes procedan al reparto *"de la diferencia que pueda haber entre el umbral de referencia y el precio real de venta del azúcar"*.

El *"Acuerdo Marco Interprofesional de ámbito nacional para las campañas remolacheras azucareras 2.015/16 a 2.019/20"*, recogía en su artículo 9.6.1, dedicado a la

prima del mercado del azúcar, que: *"De conformidad con el apartado j del punto XI del Anexo XI y el apartado 3 del punto II del Anexo X, del Reglamento 1308/2013, la remolacha calificada finalmente como de cuota, reporte o reclasificada en las campañas 15/16 y 16/17, y toda la remolacha contratada en el resto de las campañas, recibirá además del precio establecido en las cláusulas en 9.2, 9.3, 9.4 y 9.5, un complemento variable medido en €/t de remolacha tipo, calculado en base a los precios de mercado del azúcar, de conformidad con una fórmula que se fijará junto con la oferta de contratación para todas las campañas y que será incorporada al contrato de suministro"*. Por su parte, el artículo 9.6.2 establecía como referencia del precio del mercado del azúcar el publicado por la Comisión Europea, para lo que se consideraba el valor medio de los doce últimos meses de campaña.

Con todo, se debe subrayar que se trata de un acuerdo previo al Reglamento Delegado del año 2016, como se deduce del ámbito de aplicación centrado en la campaña iniciada en el año 2015, y en consecuencia se establece un mecanismo de reparto en el sentido del Anexo XI, Punto XI, en su letra j), consistente en: *"(...) la diferencia que pueda haber entre el umbral de referencia y el precio real de venta del azúcar"*, más que: *"(...) a los beneficios y las pérdidas registrados en el mercado, que determinen cómo deben distribuirse entre ellos cualquier evolución de los precios pertinentes del mercado del azúcar o de otros mercados de materias*

primas”, deducidos de la modificación del Anexo X, Punto XI.

Por su parte, interesa destacar el carácter obligatorio que se imponía, al hacer referencia el Acuerdo Marco Interprofesional a que se incorporará a todos los contratos de suministro.

Este es, a grandes rasgos, el sistema que posteriormente se extrapola tanto a la vigencia más allá del 1 de octubre de 2017, prevista para el sistema de cuotas en el artículo 124 del Reglamento OCM, como a todo el sector agroalimentario de acuerdo con el nuevo artículo 172 *bis* del mismo Reglamento, introducido por el Reglamento Ómnibus. Si bien, en este caso, con carácter voluntario.

Llegados a este punto, interesa destacar el reconocimiento de las cláusulas de reparto de valor en el Reglamento Delegado de 2016 y Anexo X del Reglamento OCM. El Anexo X del Reglamento OCM, titulado *“Condiciones de compra de la remolacha a que se refiere el artículo 125, apartado 3”*, no establecía las cláusulas de reparto de valor como contenido particular que se debiera establecer en los acuerdos, ni tampoco realizaba mención alguna a las mismas. No obstante, la Comisión, haciendo uso de los poderes previstos en el artículo 125.4.c) del Reglamento OCM, adoptó en 2016 el Reglamento Delegado que modifica el anexo X del Reglamento OCM, en lo que atañe a las condiciones de compra de remolacha en el sector del azúcar a partir del 1 de octubre de 2017, con el *“fin de tener en cuenta*

las características específicas del sector del azúcar y la evolución del mismo durante el período siguiente al final de las cuotas de producción» y, asimismo, de "actualizar las condiciones de compra de remolacha a que se refiere el anexo X".

En concreto, a través de lo previsto en el artículo 1 del Reglamento Delegado, se añade en el Punto XI del Anexo X del Reglamento OCM el apartado 5, por el que: *"(u)na empresa azucarera y los vendedores de remolacha de que se trate podrán acordar cláusulas de reparto del valor, referidas en particular a los beneficios y las pérdidas registrados en el mercado, que determinen cómo deben distribuirse entre ellos cualquier evolución de los precios pertinentes del mercado del azúcar o de otros mercados de materias primas".* De esta forma, se ensancha desde las perspectivas objetiva y subjetiva los parámetros por los que configurar las cláusulas de reparto valor con respecto a los se establecieron en el Anexo XI.

Desde una perspectiva objetiva, se supera la referencia al reparto de valor prevista en el Anexo XI, basada en *"la diferencia que pueda haber entre el umbral de referencia y el precio real de venta del azúcar",* para referirse, en particular, a los beneficios y a las pérdidas en el mercado y a la determinación de la distribución de la evolución de los precios en el mercado, tanto del azúcar como de materias primas. Con ello, una parte del precio se basará en el valor deducido de diversas circunstancias que juegan de parte del

comprador, pero también del vendedor. Por su parte, desde un prisma subjetivo, también se observa una diferencia sustancial, en la medida en que nuevo apartado 5 supera el carácter de contenido particular de las cláusulas de reparto de valor establecido en el Anexo IX e introduce su carácter voluntario.

El Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia de 2018 pone de manifiesto que: *"la cláusula de reparto del valor es opcional y solo debe acordarse entre una empresa azucarera (es decir, sin que se produzca ninguna cooperación entre varias empresas azucareras) y los productores de remolacha al mismo tiempo"*. De mayor trascendencia, a efectos del Derecho de la Competencia, el informe recordaba que *"las partes no pueden fijar el precio de la remolacha"* y señalaba que se trata de un mecanismo que se ha utilizado ampliamente, *"en 35 de los 42 acuerdos interprofesionales, con respecto a los cuales la Comisión obtuvo información"*.

La adopción de la posibilidad de acuerdo de cláusulas de reparto de valor, en el contexto del sector de azúcar, se ha sustentado en un conjunto de motivos, que se desarrollan en los siguientes apartados.

En el Considerando 1º del Reglamento Delegado se describe que estos motivos parten del deber de celebración por escrito de los contratos entre productores de remolacha azucarera y azucareras, que hasta el fin de la campaña de comercialización 2016/2017 se regían por determinadas condiciones previstas en el

Anexo XI del Reglamento OCM, y que, tras dicha campaña, se regirían por lo establecido en el Anexo X del citado Reglamento, en el que se previó la posibilidad de acordar las cláusulas de reparto de valor.

El Considerando 2º del Reglamento Delegado, sobre la base lo previsto en el propio artículo 125.4.c) del Reglamento OCM, expresa con el *"fin de tener en cuenta las características específicas del sector del azúcar y la evolución prevista del mismo en el período siguiente al fin del régimen de cuotas, deben modificarse las condiciones de compra de remolacha contempladas en el anexo X"*. El fin del sistema de cuotas conllevó el desaparición del precio mínimo de la remolacha y de la regulación de las cantidades de producción interna.

Esta circunstancia motivó que la Comisión manifestara la necesidad de claridad y seguridad jurídica en el Considerando 3º, en los siguientes términos: *"el sector necesita un marco jurídico claro en esta transición desde un sector muy regulado a uno más liberalizado. Los productores y las empresas azucareras han solicitado una mayor seguridad jurídica en lo que atañe a las normas aplicables a los mecanismos de reparto del valor, incluidos los beneficios y las pérdidas derivadas de los precios de mercado"*.

A las anteriores circunstancias, centradas en el cambio de régimen tras el fin del sistema de cuotas, se deben añadir las características específicas del sector del azúcar y su evolución tras el sistema de cuotas de producción. El propio Reglamento Delegado describe el

sector del azúcar, durante el sistema de cuotas, como un sector caracterizado por la existencia de un gran número de productores de pequeño tamaño frente a un número limitado de grandes empresas azucareras (estructura típica también, por ejemplo, en el sector hortofrutícola). En este sentido, el Considerando 4º del Reglamento Delegado indicaba que las necesidades de *"planificar y organizar sus suministros de remolacha a las fábricas de azúcar durante los períodos de recolección de remolacha"* va aparejada a que *«los productores tienen interés en negociar determinadas condiciones relativas a las cláusulas de reparto del valor en el marco de la compra de remolacha por las empresas correspondientes"*. Como expresa el Reglamento Delegado en este punto, dicho interés *"es inherente a la cadena de abastecimiento de azúcar"* con independencia de la existencia o no del sistema de cuotas.

Al respecto, el Considerando 4º del Reglamento Delegado afirma, en primer lugar, que *"las cláusulas de reparto del valor contempladas en el anexo XI, punto XI, del Reglamento (UE) n.º 1308/2013 actualmente permiten a los productores de remolacha y a las empresas azucareras garantizar sus suministros en condiciones de compra predefinidas, con la certeza de compartir los beneficios y costes generados por la cadena de suministro en beneficio de los productores de remolacha"*. Y, en segundo lugar, que *"el beneficio del reparto del valor también transmite directamente a los productores las señales de precios del mercado"*.

Otro de los aspectos tomados en consideración para seguir contemplando la posibilidad de acuerdo de las cláusulas de reparto de valor en el sector del azúcar, tras el fin del sistema de cuotas, es el consistente en su evolución durante el período siguiente al final de las cuotas de producción. Al respecto, el Considerando 5º del Reglamento Delegado realizó un pronóstico sobre la base de la evolución previsible del sector tras el sistema de cuotas, y subraya los *"precios relativamente bajos"* del azúcar que se han observado. Además, se expresa que los anteriores factores no impulsan la entrada de nuevos transformadores de azúcar en el mercado, en la que medida en que requeriría un precio más elevado del azúcar para que las inversiones necesarias para crear las instalaciones de transformación fueran rentables. Asimismo, la previsión de la Comisión se centró en unas perspectivas de ajuste de precios a la baja tras el sistema de cuotas, la predecible escasez de nuevas empresas y, por lo tanto, el mantenimiento de la estructura del sector del azúcar en la Unión Europea en los siguientes años. En consecuencia, la evolución previsible del sector del azúcar, una vez finalizado el sistema de cuotas, que fue caracterizado por la previsión de los precios a la baja, aconsejaba el mantenimiento de las cláusulas de reparto de valor.

En este sentido, el Considerando 6º del Reglamento Delegado se pronuncia en los siguientes términos: *"Si no se mantienen las cláusulas de reparto del valor,*

podría ponerse en peligro la posición de los productores de remolacha en la cadena alimentaria. Si perdiesen la posibilidad de negociar cláusulas de reparto del valor, y especialmente en una situación de precios bajos, los productores de remolacha podrían encontrarse en clara desventaja económica". Del citado Considerando 6º se deduce una posible finalidad estabilizadora de las cláusulas de reparto de valor en un contexto de precios a la baja que beneficiaría a los productores.

Todos estos aspectos descritos justificaron la necesidad de mantener la posibilidad de negociación de las cláusulas de valor, incluso tras la vigencia del sistema de cuotas, como sustenta el Considerando 7º del Reglamento Delegado, aunque únicamente *"entre una empresa y sus proveedores actuales o potenciales"*. Y, tal y como se contempla en el Considerando 8º, con carácter optativo, no obligatorio, en la medida en que la introducción de la cláusula de reparto de valor tiene en consideración la finalidad de *"garantizar un proceso de negociación flexible"*, conforme se expresa en el Considerando 9º del Reglamento Delegado.

2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR EN EL REGLAMENTO ÓMNIBUS DE 2017

El Reglamento Ómnibus del año 2017, como ya se ha indicado, modificó a finales del año 2017 diversos Reglamentos que inciden en la PAC, correspondiente al

periodo 2014-2020, entre los que se encuentra el citado Reglamento OCM, en el que se introdujo la Sección 5 *bis* con la rúbrica "*Cláusulas de reparto de valor*". En esta reforma se añadió el artículo 172 *bis* con el título "*Reparto de valor*", mediante el que se habilita la posibilidad de que los agricultores, e inclusive las asociaciones de éstos, y su primer comprador, puedan pactar el reparto de valor, "*incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas*". Además, dicha posibilidad se prevé, expresamente, sin perjuicio de las cláusulas de reparto de valor contempladas para el sector del azúcar.

En consecuencia, a través de la modificación operada por el Reglamento Ómnibus, el legislador europeo da carta de naturaleza y legalidad -e, incluso, fomento- a la aplicación de las cláusulas de reparto de valor en el sector agroalimentario. Ahora bien, la comprensión del contenido y alcance de las cláusulas de reparto de valor requiere atender a los objetivos de política legislativa perseguidos con esta norma, así como a su concreta configuración jurídica de acuerdo con el vigente artículo 172 *bis* del Reglamento OCM.

El objetivo de política legislativa perseguido con esta reforma se sustenta en la marcha del mercado y en la vinculación entre los precios pagados a los productores y el valor añadido a través de la cadena.

El Considerando 56 del Reglamento Ómnibus destaca dichas finalidades: *"Con el fin de facilitar una mejor transmisión de las señales del mercado y reforzar los vínculos entre los precios al productor y el valor añadido en toda la cadena de suministro, los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, deben poder ponerse de acuerdo con su primer comprador sobre las cláusulas de reparto del valor, en particular las ganancias y pérdidas comerciales"*.

A este respecto, siendo de gran trascendencia, el Considerando 56 destaca el importante papel que pueden desempeñar las organizaciones interprofesionales -pieza clave en el marco regulatorio, pero infrutilizada en el sector hortofrutícola en España-: *"a la hora de posibilitar el diálogo entre los agentes de la cadena de suministro y promover las mejores prácticas y la transparencia del mercado"*.

Por este motivo, el Considerando 56 aprecia que las organizaciones interprofesionales *"deben estar autorizadas a establecer cláusulas de reparto del valor"*, aunque, en cualquier caso, con carácter voluntario. Se trata de reordenar -con respeto a las reglas del Derecho de la Competencia, que consideran las organizaciones interprofesionales como "puertos seguros"-, el poder de mercado, concentrando el poder de negociación de este tipo de cláusulas -que no son el precio de la venta, sino condiciones comerciales- en estas organizaciones.

Todo ello debe entenderse dentro de un objetivo superior, sintetizado en la conveniencia de fomentar un posicionamiento más seguro del productor y del transformador frente a la distribución, caracterizada por un alto nivel de concentración y un gran poder de mercado -no posición de dominio, pero sí poder de negociación-.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR: LA RELEVANCIA DE LAS ORGANIZACIONES INTERPROFESIONALES

El artículo 4, apartado duodécimo, letra a), del Reglamento Ómnibus, modificó el artículo 157.1.c) del Reglamento OCM sobre las organizaciones interprofesionales. En concreto, mediante esta modificación se añadió un nuevo inciso xv), relativo al establecimiento de cláusulas de valor en el sentido del artículo 172 *bis*. De acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 157.1.c) del Reglamento OCM:

"1. Los Estados miembros podrán reconocer, previa solicitud, a las organizaciones interprofesionales de un sector específico enumerado en el artículo 1, apartado 2, que: (...) c) persigan una finalidad específica que tenga en cuenta los intereses de sus miembros y los de los consumidores, que podrá consistir, en particular, en uno de los objetivos siguientes: (...) xv) establecer cláusulas normalizadas de reparto de valor en el sentido del artículo 172 bis, incluidos los

beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen cómo debe repartirse entre ellas cualquier evolución de los correspondientes precios de mercado de los productos de que se trate u otros mercados de materias primas, (...)”. Por tanto, el Reglamento potencia el papel de las organizaciones interprofesionales, pero exige la presentación de solicitud y autorización por parte del Estado. Sin ella, no se concede la cobertura de la exención.

Por su parte, el Reglamento Ómnibus de 2017 también introdujo otra modificación en la regulación del Reglamento OCM relativa a las cláusulas de reparto de valor, con idéntico contenido, pero expresamente referida al sector lácteo, en el artículo 4, apartado duodécimo, letra c) del Reglamento Ómnibus, que modifica el artículo 157.3.c) del Reglamento OCM con un nuevo apartado xii).

3.1. LOS DESTINATARIOS DE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

El conjunto de destinatarios que pueden hacer uso de la posibilidad de negociación de cláusulas de reparto de valor se ha ampliado de manera notable con la modificación operada por el Reglamento Ómnibus, toda vez que el nuevo artículo 172 *bis* del Reglamento OCM contempla la posibilidad de negociar cláusulas de reparto de valor a los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores y su primer comprador.

Se debe destacar que a diferencia de lo que ocurría antaño con el sector del azúcar durante el sistema de cuotas, el artículo 172 *bis* no limita su aplicación a un determinado sector agrícola.

Por otra parte, se debe recordar que la nueva redacción del artículo 157.1.c) del Reglamento OCM establece la posibilidad de que los Estados reconozcan a las "*organizaciones interprofesionales de un sector específico enumerado*" la posibilidad de establecer cláusulas de reparto de valor.

En consecuencia, la modificación operada en el Reglamento Ómnibus amplía significativamente el ámbito subjetivo, esto es, los agentes destinatarios que pueden hacer valer la posibilidad del empleo de cláusulas de reparto valor.

Por otra parte, a diferencia de la manera en la que se configuraron las cláusulas de reparto de valor inicialmente para el sector del azúcar, la redacción del artículo 172 *bis* del Reglamento OCM no condiciona su aplicación a la concurrencia de diversas circunstancias que así lo justificaban en el sector del azúcar, sino únicamente a la voluntad de las partes.

De esta manera, el artículo 172 *bis* del Reglamento OCM establece un mayor margen de posibilidad de acuerdo de cláusulas de reparto de valor, prescindiendo de los razonamientos previstos para el sector del azúcar y que se describieron anteriormente.

En este sentido, conviene recordar, por una parte, que el Considerando 56 del Reglamento Ómnibus del año 2017 alude a unos fines diferentes a los barajados en el sector del azúcar; y, por otra, que la modificación operada por el Reglamento Ómnibus se centra, en primer lugar, en *"facilitar una mejor transmisión de las señales del mercado y reforzar los vínculos entre los precios al productor y el valor añadido en toda la cadena de suministro"*; en segundo lugar, en reforzar la importante función que pueden desempeñar las organizaciones interprofesionales para posibilitar el dialogo entre los agentes de la cadena; y, en tercer lugar, en la promoción de mejores prácticas y de la transparencia del mercado. Motivos que justificarán que se autorice a las organizaciones interprofesionales a establecer cláusulas de reparto de valor, sin perjuicio de que, como también recuerda el Considerando 56º, sean acuerdos que deban seguir siendo voluntarios.

3.2 LOS INDICADORES EN LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

Los indicadores de las cláusulas de reparto de valor previstas por el Reglamento Ómnibus son diferentes a los establecidos inicialmente para el sector del azúcar. Por una parte, el punto XI del Anexo XI, en su apartado 3.j), previsto para el sector del azúcar, hacía referencia a *"la diferencia que pueda haber entre el umbral de referencia y el precio real de venta del*

azúcar” como criterio concreto a tomar en consideración en los acuerdos consistentes en las cláusulas de reparto de valor. En cambio, de la redacción del artículo 172 *bis* del Reglamento OCM, se observa cómo, además del anterior criterio, también cabe la posibilidad de pactar cláusulas de reparto de valor, tomando en consideración otros indicadores de carácter económico, *“incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas”*.

De esta manera, la distinción que se deduce del texto del artículo 172 *bis* del Reglamento OCM permite afirmar que cabe la posibilidad de acordar cláusulas de reparto que tomen en consideración los siguientes indicadores:

- El indicador barajado en el contexto del sector de azúcar, consistente en la diferencia entre el umbral de referencia y el precio real de venta del azúcar.

- Otros indicadores económicos, a los que se hace referencia expresa el artículo 172 *bis*, al establecer que se podrá acordar cláusulas de reparto de valor que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas, en las que se podrán incluir también los beneficios y las pérdidas comerciales.

4. CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO OCM

A pesar del carácter voluntario de las cláusulas de reparto de valor, el mayor ámbito de aplicación que ha merecido este mecanismo en el vigente Reglamento OCM evidencia una tendencia del legislador favorable a su empleo. Esta predisposición también se puede apreciar en atención al reconocimiento, mayor implantación y detalle de las cláusulas de reparto de valor en las propuestas legislativas europeas centradas en la agricultura, y, en particular, en la propuesta de Reglamento de modificación del Reglamento OCM.

4.1. INFORME DE COMISIÓN DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL DEL AÑO 2019: SOBRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO OCM

En concreto, esta tendencia se evidencia en la configuración que trasluce del Informe de Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural del año 2019. El informe contiene diversas enmiendas centradas en las cláusulas de reparto de valor, que bien pueden servir, tanto para mejorar la comprensión del mecanismo, como de los criterios e indicadores económicos que podrán ser

tenidos en consideración, y de su adecuación a la normativa sobre competencia de la Unión Europea. Estas enmiendas se describen en los siguientes apartados.

La Enmienda 38 a la Propuesta de Reglamento, centrada en el nuevo Considerando 30 *bis*, expresamente habilita las cláusulas de reparto de valor como uno de los mecanismos que deben acompañar al sector del azúcar tras el sistema de cuotas. En concreto, la Enmienda se pronuncia en los siguientes términos: *"30 bis) Para seguir acompañando al sector del azúcar en su desarrollo y su transición tras el fin del régimen de cuotas, se debe precisar que en las notificaciones de los precios de mercado se ha de incluir el etanol, autorizar el recurso a los mecanismos de conciliación o mediación como alternativa al arbitraje e inscribir en el presente Reglamento la cláusula de reparto del valor"*.

La Enmienda 175 a la Propuesta de Reglamento, correspondiente al artículo 1.1.33 *ter*, incide en el nuevo apartado 4 *bis* del Punto XI del Anexo X del Reglamento OCM en el que se establece que: *"una empresa azucarera y los vendedores de remolacha de que se trate podrán acordar cláusulas de reparto del valor, referidas en particular a los beneficios y las pérdidas registrados en el mercado, que determinen cómo deben distribuirse entre ellos cualquier evolución de los precios pertinentes del mercado del azúcar o de otros mercados de materias primas"*.

La Enmienda 33 de la Propuesta de Reglamento se centra en un nuevo Considerando 23 *septies*, en los mismos

términos que el Considerando 56 del Reglamento Ómnibus de 2017, en referencia a la marcha del mercado y la vinculación entre los precios pagados a los productores y el valor añadido a través de la cadena, pero, en esta ocasión, entre los agricultores. Indica el citado Considerando 23 septies que: *"(...) es necesario ampliar los mecanismos de reparto del valor entre los agricultores –incluidas las asociaciones de agricultores– con sus primeros compradores a los demás sectores de productos que gocen de un sello de calidad reconocido por el Derecho de la Unión y el Derecho nacional. Los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, deben poder ponerse de acuerdo con los agentes que operan en las distintas fases de la producción, la transformación y la comercialización sobre unas cláusulas de reparto del valor, incluidas las ganancias y pérdidas comerciales"*.

Dicho Considerando evidencia la relevancia que adquieren las organizaciones de productores en la gestión y negociación de las cláusulas de reparto de valor, de especial importancia en relación con los sectores de las frutas y hortalizas, pues sus funciones se centran, como ha puesto de manifiesto el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en la planificación de la producción y *"concentrar la oferta y la comercialización de los productos de sus miembros, incluyendo la comercialización directa"*. Estos aspectos pueden suponer la antesala para negociar cláusulas de reparto de valor y alcanzar mejores acuerdos.

Pues bien, como ha podido comprobarse, la vigente formulación de las cláusulas de reparto de valor adolece de una mayor concreción en su contenido y, en particular, el valor a repartir, más allá de las diferencias entre precios y también de las pérdidas y de los beneficios.

Al respecto, la Enmienda 34 de la Propuesta de Reglamento proyecta un nuevo Considerando 23 *octies*, en el que se enumeran aquellos indicadores económicos que podrán emplearse como criterio o indicador a tomar en consideración en la cláusula de reparto de valor, para así dotar de *"un uso eficaz a todas las cláusulas de reparto de valor"*.

De acuerdo con la citada enmienda, el texto proyectado es el siguiente: *"(23 octies) Para garantizar un uso eficaz de todos los tipos de cláusulas de reparto del valor, se debe precisar que dichas cláusulas podrían basarse, en particular, en indicadores económicos relativos a los costes pertinentes de producción y comercialización y su evolución, los precios de los productos agrícolas y alimenticios observados en el mercado o mercados de que se trate y su evolución, o las cantidades, la composición, la calidad, la trazabilidad o, en su caso, la observancia de un pliego de condiciones"*.

A través del anterior texto, se amplían aquellos aspectos o circunstancias que pueden ser tenidas en consideración en la negociación de las cláusulas de reparto de valor. La mayor variedad de criterios

permitiría ajustar de una manera más adecuada los intereses de las partes del acuerdo.

Además, el informe de 2019 efectúa un reconocimiento de las cláusulas de reparto de valor, como materia susceptible de extensión, como consecuencia de la solicitud de una organización representativa, que el Estado miembro correspondiente podrá disponer, y que conllevaría que revista el carácter de cláusula obligatoria.

La Enmienda 122 de la Propuesta de Reglamento incide de nuevo en el artículo 1.1.22 *quindecies*, que modifica la redacción del artículo 164 del Reglamento OCM en diversos aspectos referentes a la extensión de acuerdos, decisiones o prácticas de organizaciones consideradas representativas a otros operadores.

De conformidad con el texto de la propuesta para el artículo 164.1, por una parte, cuando una de las organizaciones allí relacionadas *“sea considerada representativa de la producción, el comercio o la transformación de un producto dado, el Estado miembro podrá disponer, previa solicitud de la organización, que algunos de los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas pactadas en el marco de dicha organización sean obligatorios, por un periodo limitado, para otros operadores, tanto individuales como agrupados, que operen en esa o esas circunscripciones económicas y no pertenezcan a la organización u asociación”*. Por otra, conforme se establece en el artículo 164.4, las normas sobre que se podrá solicitar la extensión a otros

operadores deberán incidir en alguno de los objetivos que la norma relaciona, entre los que se contempla el consistente en la *"elaboración de contratos tipo y de cláusulas de reparto de valor y de compensación equitativa compatibles con la normativa de la Unión"*.

De acuerdo con el texto proyectado, las cláusulas de reparto de valor podrían ser objeto de extensión y, en consecuencia, tener carácter obligatorio durante un tiempo limitado, tanto para operadores asociados como para los que no pertenezcan a la organización o asociación. Esta configuración puede plantear dudas con respecto a la relación con las normas de Defensa de la Competencia, toda vez que podrían establecerse cláusulas de reparto de valor con carácter obligatorio, inclusive para otros operadores y por un tiempo limitado. Al respecto, se debe recordar que el propio texto de la enmienda hace referencia también a la compatibilidad con la normativa de la Unión.

Por su parte, la Enmienda 128 de la Propuesta de Reglamento correspondiente al artículo 1.1.22 *unvicies*, se centra en la modificación del artículo 172 *bis*, que atañe a los destinatarios de las cláusulas de reparto de valor. De acuerdo con la redacción propuesta, pasaría a tener una nueva redacción por la que podrían hacer uso de las mismas, no solo los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, y su primer comprador, sino también *"una o varias empresas que operen en niveles distintos de la cadena de producción, transformación o distribución"*.

Sin lugar a duda, con el texto propuesto se ampliaría de manera considerable el ámbito de destinatarios de este mecanismo. El texto propuesto dejaría el precepto indicando que: *"Sin perjuicio de todas las cláusulas específicas de reparto del valor en el sector del azúcar, los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, y su primer comprador, así como una o varias empresas que operen en niveles distintos de la cadena de producción, transformación o distribución, podrán acordar cláusulas de reparto de valor, incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas"*.

Por último, de acuerdo con la Enmienda 129 a la Propuesta de Reglamento, centrada en el artículo 11.1.22 *duovicies*, se introduce un nuevo artículo 172 *ter* en el Reglamento OCM, en el que se contemplaría la posibilidad de acordar cláusulas de reparto de valor en relación con productos con denominación de origen protegida o indicación geográfica protegida, en los siguientes términos: *"para los productos con denominación de origen protegida o indicación geográfica protegida reconocida en virtud del Derecho de la Unión, los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, y los operadores de las diferentes fases de la producción, transformación y comercialización dentro del sector podrán acordar cláusulas de reparto de valor"*. Asimismo,

el proyecto artículo 172 *ter* contemplaría también los criterios e indicadores económicos contemplados en el artículo 172 *bis*, a saber: *“los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas”*.

4.2. ENMIENDAS APROBADAS POR EL PARLAMENTO EUROPEO, EL 23 DE OCTUBRE DE 2020, SOBRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO OCM

Recientemente ha tenido lugar la aprobación del texto de las Enmiendas por parte del Parlamento Europeo, en fecha 23 de octubre de 2020 (P9_TA-PROV (2020)0289) en el marco de la Política agrícola común: modificación del Reglamento de la OCM y otros Reglamentos. Se trata de las Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 23 de octubre de 2020 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica los Reglamentos (UE) n.º 1308/2013.

Los textos de las Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo relacionados con las cláusulas de valor se centran en los aspectos analizados en el apartado anterior, con la siguiente redacción que, por su interés, se recomienda su reproducción:

- Enmienda 33. Propuesta de Reglamento:
Considerando 23 septies (nuevo):

"(23 septies) Con el fin de facilitar una mejor transmisión de las señales del mercado y reforzar los vínculos entre los precios al productor y el valor añadido en toda la cadena de suministro, es necesario ampliar los mecanismos de reparto del valor entre los agricultores –incluidas las asociaciones de agricultores– con sus primeros compradores a los demás sectores de productos que gocen de un sello de calidad reconocido por el Derecho de la Unión y el Derecho nacional. Los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, deben poder ponerse de acuerdo con los agentes que operan en las distintas fases de la producción, la transformación y la comercialización sobre unas cláusulas de reparto del valor, incluidas las ganancias y pérdidas comerciales".

- Enmienda 34. Propuesta de Reglamento.
Considerando 23 octies (nuevo):

"(23 octies) Para garantizar un uso eficaz de todos los tipos de cláusulas de reparto del valor, se debe precisar que dichas cláusulas podrían basarse, en particular, en indicadores económicos relativos a los costes pertinentes de producción y comercialización y su evolución, los precios de los productos agrícolas y alimenticios observados en el mercado o mercados de que se trate y su evolución, o las cantidades, la composición, la calidad, la trazabilidad o, en su caso, la observancia de un pliego de condiciones.

- Enmienda 239. Propuesta de Reglamento. Artículo 1 - párrafo 1 - punto 22 decies (nuevo). Reglamento (UE) n.º 1308/2013. Artículo 157:

"(22 decies) El artículo 157 se sustituye por el texto siguiente: «Artículo 157: Organizaciones interprofesionales: 1. Los Estados miembros podrán reconocer, previa solicitud, a las organizaciones interprofesionales de un sector específico enumerado en el artículo 1, apartado 2, que:

c) persigan una finalidad específica que tenga en cuenta los intereses de todos sus miembros y los de los consumidores, que podrá consistir, en particular, en uno de los objetivos siguientes:

xv) establecer normas relativas al reparto de valor entre los operadores de la cadena de suministro, incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen cómo debe repartirse cualquier evolución de los correspondientes precios de mercado de los productos de que se trate u otros mercados de materias primas; esas normas podrán adoptar la forma de cláusulas normalizadas de reparto de valor en el sentido del artículo 172 bis o incluir o referirse a indicadores económicos tales como los costes de producción y comercialización pertinentes y su evolución, los precios de los productos agrícolas y alimenticios registrados en el mercado o los mercados de que se trate y su evolución, así como las cantidades, la composición, la calidad, la trazabilidad o el respeto de los productos

de que se trate, y tendrán en cuenta los costes de producción;

xv) bis) establecer cláusulas normalizadas para una compensación equitativa de los costes en que incurran los agricultores para el cumplimiento de los requisitos que no sean de carácter legal en relación con el medio ambiente, el clima y la salud y el bienestar de los animales, incluidos los métodos para calcular esos costes”.

- Enmienda 242. Propuesta de Reglamento. Artículo 1 - párrafo 1 - punto 22 septdecies (nuevo). Reglamento (UE) n.º 1308/2013. Artículo 164:

“(22 septdecies) El artículo 164 se sustituye por el texto siguiente: «Artículo 164: Extensión de las normas. 1. En caso de que una organización de productores reconocida, una asociación reconocida de organizaciones de productores o una organización interprofesional reconocida que opere en una o varias circunscripciones económicas de un Estado miembro sea considerada representativa de la producción, el comercio o la transformación de un producto dado, el Estado miembro podrá disponer, previa solicitud de la organización, que algunos de los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas pactadas en el marco de dicha organización sean obligatorios, por un periodo limitado, para otros operadores, tanto individuales como agrupados, que operen en esa o esas circunscripciones económicas y no pertenezcan a la organización u asociación (...).

4. Las normas de las que podrá solicitarse una extensión a otros operadores conforme al apartado 1 deberán tener alguno de los objetivos siguientes:

c) elaboración de contratos tipo y de cláusulas de reparto de valor y de compensación equitativa compatibles con la normativa de la Unión;

c) bis) elaboración de contratos tipo o de cláusulas en el sector vitivinícola que sean compatibles con la normativa de la Unión y que puedan incluir plazos de pago superiores a 60 días, no obstante lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva (UE) 2019/633, para la compra de vinos a granel en el marco de contratos plurianuales por escrito o de contratos que pasen a ser plurianuales entre un productor o revendedor de vino y su comprador directo, siempre que las cláusulas relativas a dichos plazos hayan sido prorrogables antes del 31 de octubre de 2021;”.

- Enmienda 244. Propuesta de Reglamento. Artículo 1 - párrafo 1 - punto 22 quatervecies (nuevo). Reglamento (UE) n.º 1308/2013. Artículo 172 bis (nuevo):

“(22 quatervecies) Se inserta el artículo siguiente:
«Artículo 172 bis: Reparto de valor en el caso de las organizaciones interprofesionales: Sin perjuicio de todas las cláusulas específicas de reparto de valor en el sector del azúcar, los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, y su primer comprador, así como una o varias empresas que operen en niveles

distintos de la cadena de producción, transformación o distribución, podrán acordar cláusulas de reparto de valor, incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas, teniendo en cuenta los costes de producción”.

- Enmienda 175. Propuesta de Reglamento. Artículo 1 - párrafo 1 - punto 33 *ter* (nuevo). Reglamento (UE) n.º 1308/2013. Anexo X - punto XI - punto 4 *bis* (nuevo):

“(33 ter) En el anexo X, punto XI, se inserta el punto siguiente: «4 bis. Una empresa azucarera y los vendedores de remolacha de que se trate podrán acordar cláusulas de reparto del valor, referidas en particular a los beneficios y las pérdidas registrados en el mercado, que determinen cómo deben distribuirse entre ellos cualquier evolución de los precios pertinentes del mercado del azúcar o de otros mercados de materias primas.»”.

En consecuencia, de la redacción de las Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo, se confirma el carácter favorable del legislador europeo en el empleo las cláusulas de reparto de valor. Es más, su aprobación constituye un nuevo hito en el reconocimiento y ampliación de las cláusulas de reparto de valor en el sector agrícola. Por una parte, debe saludarse favorablemente el mayor grado de detalle de los

elementos que se podrán tomar en consideración a la hora de acordar cláusulas de reparto de valor, así como la elaboración de borradores que sean conformes con el Derecho de la Unión, y, en consecuencia, con el Derecho de la Competencia. Por otra parte, la posibilidad de la extensión obligatoria -aunque limitada temporalmente- es una cuestión peliaguda pero muy relevante. Y, por otra, obsérvese que la nueva redacción del artículo 172 *bis*, de acuerdo con el texto aprobado por el Parlamento Europeo, a diferencia de la propuesta proyectada en el Informe del año 2019, hace referencia *in fine* a la consideración de "los costes de producción".

III. EL PAPEL DE LAS INTERPROFESIONALES Y LA NECESARIA REVISIÓN DE SU REGULACIÓN Y FUNCIONAMIENTO: REFERENCIA A LA MODERNA REGULACIÓN DE LA INTERPROFESIONAL LÁCTEA

De todo cuanto se ha expuesto hasta el momento se concluye que la exclusión legal y jurisprudencial para la no aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios al sector agrícola se sitúa, en España, en el Real Decreto 532/2017, de 26 de mayo, por el que se regulan el reconocimiento y el funcionamiento de las organizaciones de productores del sector de frutas y hortalizas; y, en relación con las cláusulas de reparto de valor, además, en la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias.

En relación con ésta última, el Preámbulo de la Ley 38/1994 proclama que la constitución y funcionamiento de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias deben hacerse, en cualquier caso, respetando estrictamente las normas reguladoras de la competencia, que dimanen del derecho europeo, así como de nuestro ordenamiento jurídico.

En lo que interesa, el artículo 3 recoge las finalidades de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias, entre ellas: a) Velar por el adecuado funcionamiento de la cadena alimentaria y favorecer unas buenas prácticas en las relaciones entre sus socios en tanto que son partícipes de la cadena de valor; i) Elaboración de contratos tipo agroalimentarios compatibles con la normativa de competencia nacional y comunitaria; j) Promover la adopción de medidas para regular la oferta, de acuerdo con lo previsto en la normativa de competencia nacional y comunitaria; n) Promover la eficiencia en los diferentes eslabones de la cadena alimentaria mediante acciones que tengan por objetivo mejorar la eficiencia energética, reducir el impacto ambiental, gestionar de forma responsable los residuos y subproductos o reducir las pérdidas de alimentos a lo largo de la cadena; y, o) la realización de estudios sobre los métodos de producción sostenible y la evolución del mercado, incluyendo índices de precios y costes objetivos, transparentes, verificables y no manipulables, que puedan ser usados de referencia en la fijación del precio libremente pactado en los

contratos, siempre teniendo en cuenta lo establecido al respecto por la normativa sectorial comunitaria.

Por su parte, el artículo 7 establece que las organizaciones interprofesionales agroalimentarias se ajustarán, para la adopción de sus acuerdos y en su funcionamiento, a las normas y principios recogidos en la normativa de Defensa de la Competencia nacional y comunitaria. Y que cualquier tipo de acuerdo adoptado en el seno de una organización interprofesional agroalimentaria y que se refiera a alguna de las finalidades reguladas en el artículo 3 de la presente Ley, será remitido al Registro de Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en el plazo de un mes desde su adopción, mediante certificaciones en las que se haga constar el contenido del acuerdo y el respaldo obtenido en el mismo, medida en tanto por ciento de productores y operadores y de producciones afectadas.

Probablemente, atendida la importancia que las cláusulas de reparto de valor están llamadas a tener en la cadena agroalimentaria, sería conveniente una reforma integral de la Ley 38/1994, para adecuar sus funciones y su funcionamiento al papel principal que, en relación con las cláusulas de reparto de valor, el legislador europeo les atribuye.

Un ejemplo de la modernización de la regulación sobre las organizaciones interprofesionales lo encontramos en el sector lácteo. En efecto, nuestro ordenamiento

jurídico ya contempla la posibilidad de empleo de cláusulas de reparto de valor en la contratación del sector lácteo y de su establecimiento por organizaciones interprofesionales de dicho sector en la contratación. En concreto, Real Decreto 95/2019, de 1 de marzo, por el que se establecen las condiciones de contratación en el sector lácteo y se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores y de las organizaciones interprofesionales en el sector, y por el que se modifican varios reales decretos de aplicación al sector lácteo (BOE núm. 53, de 02/03/2019) (en adelante "Real Decreto 95/2019").

Como se expresa en su Preámbulo: *"Por otra parte, conviene adaptar la normativa nacional a ciertas modificaciones incluidas en el Reglamento (UE) n.º 1308/2013, de 17 de diciembre, en lo que afecta al sector lácteo. En particular, en las relaciones contractuales, cuando un Estado miembro decida hacer obligatorio un contrato por escrito para la entrega de leche cruda, podrá establecer una obligación para las partes de acordar una relación entre la cantidad de leche entregada y el precio a pagar. Asimismo, en la regulación de las organizaciones interprofesionales se valora para su reconocimiento que establezcan cláusulas de valor que determinen cómo debe repartirse beneficios y pérdidas ante cualquier evolución de los precios"*.

En particular, el Real Decreto 95/2019, establece en su artículo 3 la obligatoriedad de suscripción de contratos y ofertas de contrato en el sector lácteo, y

en su artículo 4 los requisitos mínimos de la oferta del contrato, entre los que se contempla en su apartado 4 que: *"De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 bis del Reglamento 1308/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 922/72, (CEE) n.º 234/79, (CE) n.º 1037/2001 y (CE) n.º 1234/2007, el contrato entre productor y primer comprador podrá incluir cláusulas de reparto de valor, que determinen la manera en que se reparten entre las partes los beneficios y las pérdidas comerciales derivados de la evolución de los precios de mercado de los productos lácteos o de las materias primas"*.

Pero en lo que aquí interesa, es el artículo 27 del Real Decreto 95/2019 el que establece, en relación con las funciones de la Organización Interprofesional Láctea, que ésta desarrollará el establecimiento de: *"cláusulas normalizadas de reparto del valor, incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos lácteos u otros mercados de materias primas"*. Se trata, por tanto, de una evolución normativa positiva, que respeta el marco diseñado por el legislador europeo para la relación entre el Derecho de la Competencia y el sector agrícola, y que debería generalizarse al resto de sectores agrícolas.

En el actual contexto legal, las interprofesionales deben poder desarrollar y publicar costes de producción de referencia e indicadores de mercado para auxiliar a los productores en las negociaciones comerciales, para que éstos, eventualmente, los tengan en cuenta. Y, a partir de ahí, las organizaciones interprofesionales pueden elaborar una fórmula de cálculo de la cláusula de reparto de valor que tome como referencia de partida, no el precio de venta del contrato de compraventa, sino el precio medio calculado en atención a la evolución del mercado, sin que ello comporte una infracción del Derecho de la Competencia.

PARTE SEGUNDA

CADENA ALIMENTARIA, PODER DE MERCADO Y

PRECIO

IV. INTRODUCCIÓN: LA INEFICIENCIA DE LA REIVINDICACIÓN SOBRE EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

En las últimas décadas, como consecuencia del proceso de concentración de la distribución minorista y otros cambios en determinados factores de competencia y en los patrones de consumo, se han generado en los distintos eslabones de la cadena una serie de desequilibrios en el poder de negociación y de compra, que la parte fuerte en ocasiones ejercita de forma - digamos- "abusiva" para presionar a la baja los precios de compra y trasladar de forma injustificada determinados costes y riesgos comerciales a la parte débil de la relación comercial.

La falta de transparencia en la formación de los precios y la generalización de estas conductas de abuso del poder de negociación en determinados eslabones - particularmente en algunos mercados de productos agrarios no transformados-, está causando ineficiencias en la cadena alimentaria, que comprometen su competitividad en perjuicio de los consumidores y del bienestar general, pero de forma particular para algunos

productores agrarios que ven comprometida su viabilidad empresarial.

En este contexto es recurrente la afirmación de que la gran distribución "abusa de su posición de dominio". Pero el término "posición de dominio" es un concepto técnico que es imprescindible comprender para adaptar las legítimas reivindicaciones del sector primario a los caminos que el Derecho permite, desechando viejos planteamientos que, lamentablemente, pese a ser totalmente legítimos, son caminos sin salida. En efecto, el Derecho de Defensa de la Competencia no es el instrumento adecuado para reducir la asimetría en el poder negociador de las partes, ni en la mayoría de los casos para expulsar del mercado las conductas comerciales desleales impuestas por la parte que ostenta poder de negociación.

La forma de atacar dicha situación, en la Unión Europea y más particularmente en España, se ha realizado en dos frentes. Por un lado, creando una legislación *ad hoc* que permita la eliminación de las prácticas comerciales desleales en la cadena alimentaria (a ello responde la Ley 12/2013, de mejora de la cadena alimentaria), y por otra parte creando estímulos jurídicos y económicos que favorezcan cambios estructurales mediante el fomento del asociacionismo, la concentración y la integración vertical de los productores agrarios (a ello responde la Ley 13/2013, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario).

Como ya se ha indicado anteriormente, es imprescindible comprender que abuso de poder de mercado que el abuso de posición dominante no son instituciones equivalentes. Una empresa puede ostentar poder de negociación, sin estar en posición de dominio. La posición de dominio se regula en el artículo 102 TFUE: *“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”*.

Para determinar la existencia de una posición dominante hay que acudir a dos criterios complementarios: 1. Que la empresa en cuestión se encuentre en condiciones de ejercitar por sí sola una influencia notable en el mercado; 2. Que falte una competencia efectiva por parte de otras empresas. Así, STJCE 13 febrero 1979, asunto Hoffmann, que declara el siguiente: *«que tal posición (de dominio), a diferencia de una situación de monopolio o de “casi” monopolio, no excluye la existencia de una cierta competencia, pero sitúa a la empresa que se beneficia en situación, si no de decidir, cuando menos de influenciar notablemente las condiciones en las cuales esta competencia se desarrollará y, en cualquier caso, en situación de comportarse en una amplia medida sin tener que tener en cuenta esta competencia y sin que, sin embargo, esta actitud le resulte perjudicial»*.

La delimitación del mercado relevante proporciona el marco para determinar la cuota de mercado de una empresa y poder determinar el régimen jurídico aplicable en materia de *antitrust* (asunto United Brands Company). En el caso de la posición de dominio, es habitual situar dicha hipótesis en cuotas de mercado superiores al 40%. Es posible, no obstante, que con menos de 40%, en atención a la estructura del mercado, una empresa ostente una posición de dominio también; igual que es posible que con más del 40% una empresa no la tenga. Y, con más de 50% existe una presunción *iuris tantum* de que la empresa se encuentra en posición de dominio.

La empresa en posición de dominio, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, tiene una "responsabilidad especial" de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común. Por todas, párrafo 55 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 30 de septiembre de 2003, Asunto T-203/01 Michelin II: *"Por consiguiente, aunque la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, sí supone que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común... Del mismo modo, si bien la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición*

del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, y si bien dicha empresa puede, en una medida razonable, realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses, no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es precisamente reforzar dicha posición dominante y abusar de ella”.

Por tanto, la posición de dominio no está prohibida, lo que está prohibido es el abuso. Y la noción de abuso ha sido configurada por la jurisprudencia europea, por todas, Sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co: “...el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia”.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente -artículo 102 TFUE-, en: imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en

perjuicio de los consumidores; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; o subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Pues bien, no cabe duda que las prácticas comerciales abusivas o desleales potencialmente más dañinas para la competencia podrían constituir un ilícito *antitrust* si fuesen realizados por un operador en posición dominante. Pero sucede, sin embargo, que actualmente no existen evidencias de que algún distribuidor agroalimentario se encuentre en dicha posición. Así, la mayor cadena de distribución de ámbito nacional posee una cuota de mercado cercana al 25%. Por lo que reclamar la aplicación del abuso de posición dominante en el ámbito de la cadena alimentaria técnicamente resulta inviable en estos momentos y es necesario cambiar el discurso.

En realidad, para reequilibrar un correcto funcionamiento de la cadena alimentaria, reduciendo la asimetría de poder de la gran distribución, es necesaria la reivindicación de una normativa que regule el poder de compra y el poder de negociación, esto es, el poder de mercado sin posición de dominio, que es algo que va más allá de las prácticas desleales. Se trata de una cuestión que, aunque muy novedosa, no es nueva en el ordenamiento jurídico español. Ya en la Ley 16/1989, de

17 de julio, de Defensa de la Competencia, tras la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma, se prohibía en el ámbito del Derecho de la Competencia -no sólo de la competencia desleal- la explotación abusiva de situaciones de poder de mercado: la dependencia económica. Ahora bien, la actual estructura de la cadena alimentaria aconseja no volver a recuperar la dependencia económica como ilícito *antitrust*, sino una completa regulación del poder de negociación y de compra (poder de mercado sin posición dominio) y la prohibición de su abuso.

V. LA NECESIDAD DE REGULAR EL PODER DE MERCADO: PODER DE NEGOCIACIÓN Y PODER DE COMPRA

En efecto, los cambios producidos en el funcionamiento de la cadena en los últimos quince años exigen de un tratamiento regulatorio específico. Desde mediados del año 2007, los precios de los alimentos han experimentado una sostenida tendencia alcista en todos los niveles de la cadena agroalimentaria, excepto en el sector primario. Tras alcanzar un pico en 2008 y haber sufrido un pequeño descenso en 2009, los precios de los alimentos volvieron a elevarse durante la segunda mitad de 2010 y 2011 y, pese que se han ido estabilizando, el nivel general de precios permanece muy por encima del existente anterior a la crisis. Las razones de esta situación han sido analizadas por las Autoridades de

competencia de la Unión (tanto las nacionales como la Comisión Europea) y han identificado factores clave que incluyen un aumento de los precios de las materias primas y la elevación de costes en la fase de procesamiento de los alimentos, derivados de un aumento de los costes energéticos.

No obstante, lo verdaderamente alarmante ha sido que en muchos Estados se han detectado asimetrías en la transmisión o repercusión de los precios a lo largo de la cadena, por ejemplo, en supuestos en los que los precios del consumidor final (en venta minorista) experimentaban constantes incrementos pese a que los precios en el resto de niveles de la cadena se mantenían o, incluso, descendían. Es en este contexto en el que algunas Autoridades nacionales de Competencia (ANC) han hecho un esfuerzo de identificación de las anomalías en el ajuste de los precios en cada uno de los niveles de la cadena.

En el sector de la distribución, el incremento de los niveles de concentración de los distribuidores, la existencia de alianzas de compra y el éxito de los productos de marca propia (marca del distribuidor), de forma paralela a la estructura especialmente atomizada en la producción (presencia de pequeños agricultores que restan competitividad al sector agrícola) han originado ciertas preocupaciones sobre el desequilibrio en el poder de negociación de los distribuidores en sus relaciones comerciales con los proveedores y la

existencia percibida o sentida de prácticas desleales en el marco de tales relaciones.

En España concretamente, se pueden identificar tres tendencias en el sector. En primer lugar, una clara concentración, al igual que sucede en otros países de la UE, del sector de la distribución. Además, la relevancia del papel cada vez mayor de los supermercados e hipermercados en comparación con otros formatos o tipos de distribución. El modelo de supermercado es el dominante actualmente y su peso relativo en el mercado ha ido creciendo año tras año (tendencia que parte de la doctrina ha achacado al papel de la estricta regulación de los mercados, como, por ejemplo, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista). De forma paralela, modelos más tradicionales de distribución han ido perdiendo peso en el mercado (problema que se pretendió solucionar en parte con el Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios). Finalmente, no se puede obviar el incremento de las marcas de distribución o marcas blancas, que son consecuencia directa del aumento de poder de estos operadores económicos.

En Europa, las autoridades nacionales de competencia y la Comisión Europea han respondido a estos desafíos, por una parte, a través, aunque no exclusivamente, de la prohibición de los acuerdos anticompetitivos, tal y como ya se ha visto, pero con sus matices en las exclusiones agrícolas; por otra, vigilando de cerca y

pormenorizadamente las estructuras y el funcionamiento de los mercados.

El problema central, identificado por las Autoridades de la competencia, radica en la pequeña escala de los productores primarios. Se trata del nivel menos concentrado de la cadena agroalimentaria, lo que los deja en una desventaja competitiva en lo que se refiere al poder de negociación (como sucede, por ejemplo, en el caso de la fruta y verdura en la UE). Estos proveedores son, habitualmente, incapaces de alcanzar un volumen crítico, y sufren de una falta de infraestructura rápida y eficiente que les permitiría suministrar los productos de determinadas categorías en volúmenes establecidos y directamente a los procesadores o distribuidores.

Debido a esta estructura fragmentada y de eficiencia relativa en las operaciones de venta, los productores han de pasar, en algunos casos, por intermediarios (*traders* o procesadores). En estos casos, el producto es comprado y revendido a un número elevado de intermediadores antes de que alcance el nivel del procesador o los estantes de los distribuidores minoristas.

A los efectos de solventar esta situación originada en la estructura del mercado, se han ideado varios tipos de formas de atajarla. En primer lugar, el fomento de la concentración de los agricultores. En segundo, las sanciones a los abusos, pero que se están enfocando desde la perspectiva de la competencia desleal, puesto

que, como ya se ha dicho, no es técnicamente posible aplicar la prohibición de abuso de posición dominio.

Respecto de la primera de todas, en la que no se va a incidir en este estudio, la UE ha adaptado la legislación de competencia a las necesidades de la PAC. Como ya se ha analizado, la forma en la que se concibe y se aplica el Derecho de la Competencia al sector agrario es ligeramente distinta al resto de mercados, precisamente por la necesidad de tener en cuenta los objetivos perseguidos por la PAC. Una de las mencionadas especialidades es el fomento, a través de ciertas exclusiones a los acuerdos horizontales entre productores, de la concentración en este nivel de la cadena. Si bien los productores han ido agrupando fuerzas en torno a la figura de las Organizaciones de Productores ("OPs"), lo cierto es el que el avance de esta estrategia avanza de forma desigual en distintos Estados Miembros de la Unión Europea. Y España no está precisamente en la vanguardia, lo que, sin duda, agudiza los problemas del poder de mercado de la distribución y su traslado a los productores especialmente en materia de poder de compra y precio.

En efecto, en realidad, lo que plantea problemas en el funcionamiento de la cadena, por la asimetría no sólo económica, son los niveles de concentración en otros niveles de la cadena, particularmente en la gran distribución, que suscita problemas de poder de compra y poder de negociación, que se reflejan aguas abajo en el precio de venta del productor. En otras palabras, el

poder de los distribuidores es especialmente relevante para las compras a los productores y pequeños procesadores y productores.

Aunque también es cierto que no es un problema que se presenta en la totalidad de los casos -aunque sí en la gran mayoría-. Por ejemplo, hay que tener en cuenta que no es la misma situación respecto del poder que tienen los distribuidores el caso de productores de productos hortofrutícolas que el de los grandes grupos multinacionales de suministradores de algún producto de marca renombrada. Algunos de estos últimos producen un portfolio de bienes que son marcas que los distribuidores deben tener (*must-carry brands*) y tienen un poder significativo que compensa el que pueden tener los distribuidores.

Pues bien, el “poder de negociación desigual” (*bargaining power*) se produce en los supuestos en los que una de las partes en una negociación contractual, bien el vendedor bien el comprador, puede imponer a la otra parte contratante términos y condiciones que esta primera considera desfavorables.

Existen múltiples razones por las que la parte fuerte en la negociación puede llevar a cabo tal estrategia de forma exitosa sin arriesgarse a que su contraparte decida no celebrar el contrato propuesto: bien porque exista una diferencia significativa entre el tamaño relativo y el volumen de negocios de las partes contratantes (por ejemplo, pequeños vendedores muy atomizados), la existencia de una situación de

dependencia económica derivada de relaciones comerciales a largo plazo, la existencia de elevados costes ya incurridos por un de las partes -*sunk costs*- (como, por ejemplo, inversiones iniciales no recuperables y la elaboración de la cosecha) y, por último, pero no por ello menos importante, cambios en las condiciones de la oferta y la demanda en el mercado en cuestión.

El poder de negociación desigual suele originar relaciones comerciales injustas, desde el punto de vista social o político, e incluso desleales desde un punto de vista jurídico. Esta apreciación ha desencadenado una serie de respuestas legislativas en muchos Estados Miembros, como, por ejemplo, la adopción de normas contra las prácticas comerciales desleales destinadas a someter el comportamiento de la parte contratante con poder de mercado, o la introducción o adopción de códigos de buenas prácticas, donde se establezca un conjunto de normas en las transacciones entre los grandes minoristas y sus proveedores. Normas bienintencionadas, pero cuyos resultados todavía están por producirse.

Por su parte, respecto del "poder de compra" *stricto sensu*, también llamado monopsonio, éste es a menudo ejercido por los compradores para lograr mejores precios y condiciones de sus proveedores. Cuando esos ahorros en los costes se transmiten aguas-abajo a los consumidores en la cadena de suministro, se sostiene que el poder de compra tiene efectos beneficiosos para

los consumidores. El poder de compra puede ir, asimismo, dirigido a aumentar la producción en los mercados aguas-arriba, incrementando el bienestar de consumidores a largo plazo. Este ejercicio de poder de compra conduce, en muchas ocasiones, a precios más bajos, por lo que no suele considerarse que el proceso de formación de precios en la fase inicial de producción sea "per se" anticompetitivo. El problema, por tanto, como en la posición de dominio, no está en la figura del poder de compra, sino en el abuso del mismo.

En cambio, si un comprador se encuentra en una situación de monopsonio (es decir, es el único comprador en el mercado relevante) u ostenta un considerable poder de compra en los mercados de compra aguas-arriba, y también goza de una situación de poder en los mercados de reventa, puede originarse un problema de competencia, puesto que esta posición permite que el comprador no transmita a los consumidores una parte significativa de los beneficios obtenidos en el mercado ascendente de sus proveedores.

Igualmente, si se comprueba que el ejercicio del poder de compra conduce a unos precios pagados a los proveedores cuyo nivel es inferior a sus costes, esta situación puede, desde inducir a los proveedores a reducir la inversión en nuevos productos, dando lugar a una reducción en la diversidad y calidad de los bienes puestos a disposición de los consumidores finales, hasta a la exclusión del mercado de dichos operadores, con la reducción de competencia que ello conllevaría en el

mercado afectado. Este último aspecto, por tanto, es relevante en cuanto a la aplicación de la política de competencia.

El problema está en que, actualmente, el Derecho europeo y nacional de Defensa de la Competencia, no obstante ser ambas situaciones (poder de compra y poder de negociación) potencialmente dañinas, sólo se aplica cuando el comportamiento problemático de una empresa tiene un efecto general en el mercado -posición dominante-. De ahí la necesidad de promover una regulación específica del poder de mercado -poder de negociación y poder de compra- que aborde en toda su extensión los problemas que la figura genera, tanto aguas arriba -consumidores-, como aguas abajo -proveedores y vendedores (productores)-.

Actualmente, las situaciones derivadas del ejercicio no equitativo del poder de negociación se considera que sólo afectan a la relación bilateral de las dos partes interesadas y, de ser necesario, se abordan en otras leyes, de derecho de contratos o derecho del consumo, como las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales. Así, el desequilibrio de poder en las negociaciones es una situación que no se trata desde el Derecho de Defensa de la Competencia, que no interfiere en la libertad de los operadores del mercado de concluir acuerdos, mientras dichas transacciones no afecten al mercado relevante. Pero, como se ha dicho, hasta el momento estos mecanismos no han obtenidos los resultados esperados.

La razón que justifica esta despreocupación por el desequilibrio en el poder de negociación se ha justificado en el respecto a la libertad contractual o de pactos, sosteniéndose que los operadores son quienes en mejor posición se encuentran para proteger sus intereses y decidir en qué condiciones acuerdan sus relaciones, siempre y cuando éstas no afecten al mercado relevante, la estructura del mercado y, por ende, la competencia.

Sin embargo, la frontera entre el Derecho de la Competencia y la competencia desleal es más difusa a nivel nacional. El Reglamento CE 1/2003 no armonizó el Derecho de la Competencia en lo que respecta a las conductas unilaterales. Y, como consecuencia de lo anterior, algunos Estados Miembros han aprobado leyes dirigidas a tratar las situaciones de dependencia económica y sancionar el abuso de la dependencia económica en sus legislaciones de Defensa de la Competencia: por ejemplo, en Italia, Francia o Alemania (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). En este último caso, la legislación que se aplicó en la Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 23 de enero de 2018 (KVR 3/17), que confirmó la Decisión del *Bundeskartellamt* en el caso EDEKA, donde se había declarado que la cadena de supermercados ostentaba una situación de dependencia económica de la que había abusado frente a sus suministradores en el caso de vinos gaseosos. La práctica en cuestión radicaba en que, tras la adquisición de una serie de establecimientos de su

competidor en el mercado, Plus, para expandir su marca, había exigido que se reajustaran retroactivamente los precios que habían ofrecido a su marca para igualar a las condiciones que habían ofrecido a Plus antes de ser adquirida. Además, entre otras prácticas, EDEKA también exigió que se cambiaran los métodos de pago.

En España, la ley de competencia desleal y la ley de cadena agroalimentaria se aplicarán en aquellas circunstancias en las que no pueda apreciarse una posición de dominio, sino exclusivamente relativa (dependencia económica) ejercida de forma abusiva por su titular, esto es, cuando no exista un abuso derivado de una situación de poder de compra, pero la posición que ostente el operador en cuestión le permita imponer determinadas condiciones comerciales sobre sus proveedores que no serían aceptadas de hallarse en una posición de mayor nivel de competencia. Estos abusos habitualmente consisten en la imposición o modificación unilateral de ciertas condiciones contractuales, con la posible amenaza de rescindir las relaciones comerciales y también la exigencia de descuentos retroactivos.

Aunque este tipo de conductas pueden producirse en cualquiera de los niveles de la cadena agroalimentaria, la situación más habitual es que se lleven a cabo por parte de una empresa que tiene una cuota de mercado relevante aguas-abajo, lo que le permite abusar de su posición con sus proveedores, especialmente si se trata de PYMEs, que se encuentran en el mercado aguas arriba. Las razones por las que los proveedores se ven forzados

a aceptar tales condiciones es que se encuentran en una situación de dependencia, dado que no existe alternativa equivalente en el mercado a aquella empresa con poder de negociación. Y ello, en el marco de la cadena alimentaria, significa trasladar el poder de compra aguas-abajo hasta llegar al productor, que se encuentra totalmente desprotegido y con elevados costes ya incurridos -*sunk costs*-.

Las normas mencionadas son tanto de Derecho privado, como sucede con la ley de competencia desleal, como de naturaleza mixta, esto es, de Derecho público y privado, por cuanto incorporan una parte de Derecho administrativo sancionador, como sucede en la Ley de cadena, donde se contiene un catálogo de conductas que son susceptibles de ser sancionadas a través de multas por la propia Administración.

Pues bien, en estos momentos, la Ley de competencia desleal prohíbe el abuso de una posición de dependencia económica en los siguientes términos, artículo 16.2 LCD:
"2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

3. *Tendrá asimismo la consideración de desleal: a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor. b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado”.*

Esta norma encuentra tiene una clara inspiración en el Derecho *antitrust*. La dependencia económica se encuentra regulada en la ley de competencia desleal exclusivamente respecto a las relaciones verticales (por ejemplo, aquéllas que se establecen entre proveedores y compradores) y consta de dos elementos centrales: la posición de dependencia y la conducta abusiva.

La posición de dependencia se ha definido como la inexistencia de la posibilidad de relacionarse con otras empresas para adquirir o comercializar la clase de productos o servicios suficientes en el marco geográfico y tiempo considerado sin sufrir un grave quebranto económico. Las razones u orígenes de la dependencia son múltiples. Así, existirá una situación de dependencia en supuestos en los que exista una necesidad de contar con una serie de productos necesariamente en el muestrario (motivos de composición de la oferta), por razón de escasez en el mercado, haber adecuado el

establecimiento y actividad a las características concretas de un comprador, y, finalmente, y el relevante a los efectos de este informe, no ser capaz de colocar el producto a otro comprador (poder relativo de la demanda).

Finalmente, aunque de forma menos habitual, es posible aplicar la normativa de Defensa de la Competencia española a las conductas abusivas, incluso en el supuesto de no existir posición de dominio en sentido estricto. Esta situación puede producirse precisamente porque la Ley de Defensa de la Competencia española contiene un precepto en su artículo 3 que permite sancionar como anticompetitivas aquéllas prácticas desleales que distorsionen el mercado: *"La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público"*.

Sin embargo, este precepto plantea algunos problemas para ser aplicado en los supuestos en los que no existe posición de dominio, sino sólo poder de negociación, porque la doctrina entiende mayoritariamente que, desde una perspectiva de eficiencia económica, los operadores son eficientes. A diferencia de lo que sucede con empresas con poder de compra, que pueden reducir el precio de venta de un bien o servicio a través de estrategias de reducción de la demanda, restringiendo, de esta forma, la producción en comparación con la

situación contra-fáctica en un mercado competitivo, cuando se trata de un operador que meramente ostenta una posición de poder de negociación (no de posición de dominio absoluta) *versus* sus compradores, la misma le permite obtener descuentos sobre los precios de venta, pero no restringir la demanda y, por lo tanto, no reducir los niveles de producción.

Además, para poder aplicar el artículo 3 LDC no es suficiente que se haya producido un desequilibrio en el poder de negociación, incluso en los supuestos en los que se haya abusado del mismo (que exclusivamente ameritarán la sanción prevista en la ley de cadena agroalimentaria y los daños que puedan probarse a través de la LCD), sino que, adicionalmente, el mercado debe haber sido afectado significativamente.

En efecto, los requisitos exigidos para que una conducta pueda calificarse de falseamiento de la libre competencia por actos desleales al amparo del artículo 3 de la LDC son: a) Que exista un acto de competencia desleal que restrinja, altere o distorsione la libertad de competencia en el mercado; y b) Que el acto de competencia desleal afecte al interés público.

A los efectos del artículo 3 de la LDC, en primer lugar, las conductas desleales son actos de competencia desleal y, en particular, son las prácticas que merecen esta consideración con arreglo a la legislación general sobre esta materia. En otros términos, la legislación de Defensa de la Competencia no establece un concepto propio y diferenciado de competencia desleal (STS, Sala

de lo Contencioso-Administrativo, de 8.3.02, Aceites) y, en este sentido, no asume ni dispone una noción de deslealtad concurrencial ni unos criterios y contenidos sustantivos distintos de los establecidos, con carácter general, en la legislación contra la competencia desleal. En este sentido, se ha mantenido que el artículo 7 de la LDC de 1989 -precepto equivalente al actual artículo 3- era, por lo que se refiere a las conductas desleales que menciona, «un precepto en blanco», que debía ser completado con las normas de la LCD. Así, RRTDC de 26.1.00, Distribuidora Industrial, Exp. 451/99 y de 12.11.02, Intermediación Inmobiliaria, Exp. 531/01.

Por su parte, como destaca el propio tenor del artículo 3 de la LDC y como sin duda conviene advertir, la afectación del interés público no sólo es una consecuencia del propio falseamiento, sino también, y desde un punto de vista estructural, es el elemento que particulariza la clase de falseamiento de la libre competencia considerado por esta norma. En este sentido, sólo el falseamiento que afecta o pueda afectar a la implantación y mantenimiento de la libre competencia y del proceso competitivo es relevante a los efectos del artículo 3 de la LDC, porque sólo ese falseamiento puede comprometer los intereses públicos relativos a la libre competencia.

De ahí que la diferencia entre el falseamiento del artículo 3 de la LDC y el que considera la legislación contra la competencia desleal en la definición y

determinación de las prácticas desleales, radica en que el primero tiene, en todo caso, una dimensión institucional, esto es, afecta al interés público porque se proyecta sobre la «libre competencia» en el mercado, por lo que trasciende a la relación entre particulares: el efecto de exclusión de la competencia o de alteración de la conducta de la demanda con riesgo para la competencia se produce sobre la situación de competencia en el entero mercado considerado en cada caso y por tanto tiene alcance general; mientras que, el segundo, se produce ya desde el momento en que se proyecta sobre la relación entre particulares (sin perjuicio de que pueda igualmente tener esa trascendencia general).

En conclusión, el falseamiento de la libre competencia, como requisito de este ilícito, supone la previa comprobación de que se ha realizado un acto de competencia desleal (esto es, de que se ha realizado una práctica que, por definición, no responde al modelo de competencia por eficiencia de las propias prestaciones), del que ahora se trata de comprobar además, y como elemento propio y necesario de la estructura de esta particular práctica prohibida y presupuesto que justifica la intervención de los organismos de Defensa de la Competencia y aplicación de los correspondientes mecanismos sancionadores, si trae consigo, o puede traer consigo, la expulsión de los competidores existentes, el cierre del mercado a nuevos competidores o la alteración del funcionamiento concurrencial del mercado. En consecuencia, en el ámbito

del abuso en el sector alimentario no es sencilla la aplicación de este precepto.

VI. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE CADENA ALIMENTARIA 2020 CON EL OBJETIVO DE EVITAR LA "DESTRUCCIÓN DE VALOR"

En este contexto de reequilibrar el poder en la cadena alimentaria, mucho antes de la Directiva 2019, España adoptó la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, (BOE núm. 185, de 03/08/2013), que ha sido recientemente modificada por el Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación (BOE» núm. 49, de 26/02/2020 [en adelante "Real Decreto-ley 5/2020"]).

Mediante el Real Decreto-ley 5/2020 se han introducido diversas modificaciones en la Ley 12/2013 que se identifican por el propio Real Decreto-ley 5/2020 como regulatorias que inciden en el pago y en el precio de los contratos alimentarios, sustentadas en la necesidad de contemplar en el precio los costes de producción y en la obligación de *que cada operador abone al inmediately anterior un precio igual o superior al coste de producción de tal producto en que haya incurrido dicho operador*".

Estas medidas regulatorias se deberán cohonestar con las previsiones referentes a la posibilidad de alcanzar acuerdos sobre las cláusulas de reparto de valor, que inciden en la posibilidad de que los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, y su primer comprador puedan acordar cláusulas de reparto de valor, *"incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas"*.

Como se expone en el apartado II del Preámbulo del Real Decreto-ley 5/2020, dedicado al contenido de la norma, existen diversas circunstancias que han generado una situación de crisis del sector *"sin precedentes"* que exige la intervención de los poderes públicos *"de manera urgente"*. El apartado I, indica al respecto las siguientes circunstancias: *"caída sostenida de precios percibidos por los agricultores; el aumento de la frecuencia de los daños por fenómenos climáticos extremos, en particular en los últimos meses, en que se han sucedido, prácticamente sin interrupción, fenómenos tan adversos como las encadenadas depresiones aisladas en niveles altos (DANAs) y la borrasca Gloria; las tensiones comerciales, la volatilidad de las cotizaciones de las materias primas, el incremento de los costes de los insumos agrarios y ganaderos, como la energía, el creciente impulso de exigencias en la producción, y la falta de equilibrio en la fijación de*

precios en la cadena alimentaria". A las anteriores circunstancias acompaña la caracterización actual del sector agrario de la que se deduce su carácter "vulnerable", y la tendencia hacia "un desequilibrio estructural del mercado" que alcanza en la actualidad "cotas sin precedentes" que se evidencia en la "pérdida de tejido productivo y de empleo en el campo".

Finalmente, incide en la apuesta de las instituciones europeas *"en favor del reequilibrio de la cadena y ampliando notablemente el margen de acción para los Estados miembros"*. Como se expone en el Preámbulo: *"Las diferencias en el poder de negociación, que se corresponden con la dependencia económica del proveedor respecto del comprador, y es probable que conduzcan a que los agentes más grandes impongan prácticas comerciales desleales a los agentes más pequeños"*. Este fenómeno se observa en el contexto de la cadena agrícola y alimentaria, en la que *"se producen con frecuencia desequilibrios importantes en cuanto a poder de negociación entre proveedores y compradores de productos agrícolas y alimentarios"*, que igualmente *"es probable que conduzcan a prácticas comerciales desleales"*. A esta situación intenta dar respuesta la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario.

1. REGULACIÓN DE LA DESTRUCCIÓN DE VALOR EN LA CADENA

Como expresa el apartado II del Preámbulo del Decreto-ley 5/2020, las anteriores circunstancias *"obligan a los poderes públicos a adoptar medidas enfocadas a mejorar la rentabilidad de las explotaciones agrarias"*, y de manera inmediata, urgente e inaplazable con respecto a *"aquéllas que mitiguen las dificultades extremas en que se sitúa una buena parte del sector dedicado a la producción primaria"*. El fin de dichas medidas es *"evitar el abandono de las explotaciones agrarias y asegurar en la medida de lo posible un reparto equitativo de los costes sociales, ambientales, de competitividad y de sostenibilidad"* especialmente, en relación con los operadores del *"sector primario y, muy especialmente, a los eslabones menos protegidos y más vulnerables"*, con el objeto de mantener y dotar de estabilidad a las explotaciones agrarias.

El Real Decreto-ley 5/2020, en consecuencia, establece *"un conjunto sistemático de medidas concretas y con efectos tangibles, que reduzcan los factores perjudiciales y garanticen el nivel de vida, destinadas a mejorar la posición negociadora, la equidad de las relaciones y el justo reparto de los costes generales del sector primario"* que parten de *"medidas regulatorias puntuales en el ámbito de la cadena alimentaria"* que actúen a modo de antesala a una modificación más profunda de la Ley 12/2013 por la que incorporar a

nuestro ordenamiento la Directiva de prácticas comerciales desleal del año 2019.

La principal medida consiste en la obligación de que *"cada operador abone al inmediatamente anterior un precio igual o superior al coste de producción de tal producto en que haya incurrido dicho operador, de modo que se preserve ese valor agregado creciente que fundamenta uno de los ejes vertebradores de la acción pública en este sector, que contribuya a aumentar su competitividad global a través del valor añadido y que, en último término, revierta en beneficio de toda la sociedad. Asimismo, se previene que el operador que realice la venta final del producto al consumidor pueda repercutir a ninguno de los operadores anteriores el riesgo empresarial derivado de su política comercial en materia de precios ofertados al público"*. Esta medida se identifica con el contenido que establece el nuevo artículo 12 ter, bajo el título *"Destrucción de valor en la cadena"*, con la siguiente redacción:

"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 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. EL COSTE DE PRODUCCIÓN COMO ELEMENTO MÍNIMO DEL PRECIO DE VENTA EN LOS CONTRATOS ALIMENTARIOS

El Real Decreto-ley 5/2020 añade, como aprecia el apartado II de su Preámbulo, otra *“novedad destacada”* consistente en *“la inclusión del coste de producción en el precio como elemento mínimo de los contratos”*. A estos efectos, el texto del Preámbulo pone de manifiesto que la redacción originaria de la Ley 12/2013 toma en consideración diversos factores en la composición del precio que deberán constar de manera expresa en el contrato, como es de ver en la regulación contenida en su artículo 9, pero la redacción originaria de este precepto *“no incluye expresamente un factor que se considera esencial para su determinación como es el coste de producción”*.

Por este motivo, se modifica el artículo 9 de la Ley 12/2013, relativo a las condiciones contractuales *“con el fin de asegurar el cumplimiento de esas premisas”*, para lo que se añade *“una lista ejemplificativa de elementos que considerar para las explotaciones agrarias, tales como semillas, fertilizantes, pesticidas, energía o maquinaria, e índices que, entre otros, puedan emplearse para asegurar esa objetividad en su determinación, como los publicados por el*

Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación". Cabe destacar la importancia otorgada a esta medida al afirmar que "esta medida resulta de capital importancia, pues permite cerrar el círculo de la cadena de valor, ya que su libre determinación conforme a las reglas de mercado permite cohonestar la libre formación de la voluntad y la autorregulación de oferta y demanda con el aseguramiento de que esos costes efectivos de producción -que además deberán cubrirse con el precio y aparecer así en el contrato- no se destruyen en estadios sucesivos de la cadena".

De esta forma, cabe afirmar que la regulación centrada en contemplar el coste mínimo de producción como uno de los elementos que necesariamente deberá contemplar el precio acordado en un contrato no debe suponer una merma de la libre formulación de la voluntad y la autorregulación de oferta y demanda, en la que bien podría tener cabida el acuerdo sobre la inclusión de cláusulas de valor.

En concreto, la modificación operada en el artículo 9 de la Ley 12/2013 por el Real Decreto-ley 5/2020 consiste en la ampliación de los aspectos que deberán contemplar los contratos alimentarios:

"Artículo 9. Condiciones contractuales. 1. Los contratos alimentarios regulados en este Capítulo, contendrán como mínimo los siguientes extremos: (...)

c) Precio del contrato alimentario, con expresa indicación de todos los pagos, incluidos los descuentos

aplicables, que se determinará en cuantía fija o variable. En este último caso, se determinará en función únicamente de factores objetivos, verificables, no manipulables y expresamente establecidos en el contrato. En ningún caso se utilizarán factores que hagan referencia a precios participados por otros operadores o por el propio operador. Los factores que emplear podrán ser, entre otros, la evolución de la situación del mercado, el volumen entregado y la calidad o composición del producto. En 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 por factores objetivos aquéllos 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”.

En consecuencia, la falta de equilibrio en la fijación de precios en la cadena alimentaria, identificada como

causa de la crisis del sector por el legislador, lleva a modificar el artículo 9 de la Ley 12/2013, que 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 que deberá respetar el coste efectivo de producción (artículo 9.1.c). Éste es el mecanismo, de inspiración francesa, mediante el cual el legislador español ha tratado de frenar la transmisión del poder de mercado aguas-abajo de la gran distribución en cuanto a la configuración del precio, hasta llegar al productor. Se trata de un sistema que trata de asegurar un precio al productor, aunque es discutible si dicho precio es "digno", y que no llega a los mecanismos más avanzados, aunque de discutible legalidad, instaurados por el legislador francés -tal y como se analizará posteriormente-.

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. Aquí es donde tiene cabida la cláusula de reparto de valor, como obligación de pago distinta del precio de venta. Y, en este último caso, el precio *"se determinará en función únicamente de factores objetivos, verificables, no manipulables y expresamente establecidos en el contrato"*. El precepto, como puede observarse, mantiene

la indicación de que esos factores variables puedan ser elementos *"tales como la evolución de la situación del mercado, el volumen entregado y la calidad o composición del producto, entre otros"*, pero, como ha señalado la doctrina, establece la obligación de aplicar un determinado factor y la prohibición de atender a otros.

En efecto, por una parte, se establece que *"en 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 entenderán 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.

Por otra parte, 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.

En caso de no fijar el precio conforme a estos parámetros -donde se aprecia una de las grandes novedades de la reforma- 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 Ley 12/2013. Por ello, se modifica el artículo 23, que en su punto segundo 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*.

Esto significa que no respetar la Ley de la cadena alimentaria en relación con el precio y coste de efectivo de producción conlleva efectos administrativos

-una sanción-; pero no civiles, por lo que el contrato celebrado será válido a estos efectos, sin que pueda atacarse su efectividad ni exigibilidad por este particular incumplimiento. Y esto, sin duda, es una circunstancia que limita la potencialidad de la reforma.

En realidad, una adecuada protección de la cadena exigiría dos actuaciones que se estiman convenientes - si no necesarias-: por una parte, la publicación íntegra de todas las resoluciones que finalicen con sanción - como medida desincentivadora para el infractor-; y, por otra, la instauración en la Ley de la cadena de un sistema de reclamación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento decretado en resolución administrativa o judicial firme.

La falta de una regulación específica sobre daños comporta que el perjudicado tenga que iniciar un procedimiento más complejo y costoso como el que ofrece la Ley de competencia desleal, por la vía del artículo 15.2 LCD y que, sin duda, desincentiva el ejercicio del derecho por parte del perjudicado. En consecuencia, se estima conveniente introducir una simplificación del procedimiento para los perjudicados.

3. APLICACIÓN A TODOS LOS CONTRATOS ALIMENTARIOS DE LA CADENA Y LA EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

Otra cuestión relevante, que no parece nítidamente resuelta en la Ley, tras la reforma de 2020, es la relativa a los sucesivos contratos alimentarios de la cadena. En nuestra opinión, parece que una vez que el primer comprador ha adquirido el producto del productor primario (respetando el coste de producción), los posteriores contratos que se celebren dentro de la cadena alimentaria tampoco pueden ser a pérdidas. 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. No obstante, ha de considerarse que 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, por lo que cabe sostener su aplicación a los contratos sucesivos. 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”.

En todo caso, hay que tener en cuenta que esta disposición no se aplica a los contratos con los consumidores finales, que están al margen de la Ley 12/2013: el artículo 5.f) de la ley excluye del concepto de “contrato alimentario” los contratos con los consumidores. 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”.

Este precepto, que se estima necesario, en cambio, presenta un grave problema y es que parece desconocer el funcionamiento real de la configuración de precios actual en la cadena. La configuración de precios en la cadena no se realiza a partir del precio de venta del producto en origen, sino que, como consecuencia del poder de mercado de la gran distribución -poder de compra y poder de negociación-, se realiza a partir del precio de compra que está dispuesto a pagar el último comprador en la cadena antes de poner el producto a disposición del consumidor.

El precepto tendría pleno sentido en un mercado con un funcionamiento ordinario, en el que la configuración del precio se constituye desde la venta, es decir, en

el que el vendedor fija al comprador el precio de venta, esto es, el productor al comprador, este último al transformador, quien, a su vez, se lo fija a la gran distribución, y ésta, finalmente, al consumidor. Pero no es ésta la situación actual. El gran poder de negociación de la gran distribución invierte completamente el proceso de configuración del precio: que no se realiza desde la venta, sino desde la compra. Esto es, la gran distribución -último comprador antes del consumidor- es quien indica a qué precio quiere vender el producto al consumidor, y le comunica al transformador a qué precio está dispuesto a comprarle, quien a su vez presiona y comunica el precio al que quiere comprar al comprador y, finalmente, éste hace lo propio con el productor, a quien los márgenes y el precio ya le llegan muy comprimidos, sino directamente inviábiles. Ahí es donde se encuentra el fallo de mercado y el motivo por el que se estima imperiosa una regulación del poder de mercado entendido en su doble sentido de poder de compra y poder de negociación.

En resumen, esta nueva regulación sobre la determinación 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 (artículo 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.

En efecto, el asunto Europamur tiene su origen en la multa impuesta por la Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a un mayorista de productos domésticos y de alimentación, Europamur Alimentación, SA, por vender por debajo del precio de fábrica. El fundamento de la sanción era el artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. Recurrida la resolución, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Murcia formuló dos cuestiones prejudiciales en las que preguntó si una norma que imponía una sanción administrativa por vender a pérdida era conforme con el Derecho de la Unión Europea. En particular, con la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. El TJUE se pronuncia en sentido afirmativo, argumentando que la Directiva 2005/29/CE realiza una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales entre

empresas y consumidores. Por lo tanto, los Estados miembros no pueden establecer un régimen más restrictivo, "ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores". Y explica que ya se había pronunciado en ese sentido en la sentencia de 14 de enero de 2010 (C-304/08), *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV y Plus Warenhandels-gesellschaft mbH* y en el auto de 30 de junio de 2011 (C-288/10), *Wamo BVBA y JBC NV, Modemakers Fashion NV*. Concluyendo que: "En tales circunstancias, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva".

VII. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA VENTA A PÉRDIDA: SU RÉGIMEN JURÍDICO EN LA LOCM Y LCD

La regulación de la venta a pérdida contenida en el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en su actual redacción, es consecuencia de la modificación sustancial sobre esta materia establecida en el Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y

el comercio en España (BOE núm. 296, de 08/12/2018) (en adelante Real Decreto-ley 20/2018), que a su vez acoge la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en caso "Europamur".

La necesidad de adecuación de la norma española sobre venta a pérdidas a la interpretación jurisprudencial ya había sido avanzada por algunos sectores de la doctrina científica, al afirmar que con esta sentencia se da un paso en el análisis de la compatibilidad del control de la venta a pérdida mediante prohibiciones absolutas con excepciones, al reconocer que estas normas afectan a los intereses de los consumidores, aunque persigan otros fines de carácter estructural. Por este motivo se debe apreciar que se trata de una norma sobre una práctica comercial de las empresas en sus relaciones con los consumidores y que, por tanto, son contrarias a la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales con consumidores por no basar su análisis de licitud en las circunstancias fácticas a las que hacen referencia los criterios de deslealtad.

Ello supone, en suma, que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de octubre de 2017, conllevaba la necesidad de derogar expresamente estas normas, por ser contrarias a Derecho europeo, y basar su control jurídico en normas de competencia desleal, por las que tomar en consideración las circunstancias fácticas que concurren en el cada caso concreto, en los términos previstos en el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

(BOE núm. 10, de 11/01/1991), que suponía, en consecuencia, la única norma represora de la práctica consistente en la venta a pérdida tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como expresa el Apartado VI de Preámbulo del Real Decreto-ley 20/2018: *"La nueva regulación de la venta a pérdida que se establece en el artículo 6 de este real decreto-ley cumple con la referida sentencia, ya que no establece una prohibición general, aunque sí determinadas limitaciones, que son conforme a lo que dispone la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas desleales de las empresas a los consumidores en el mercado interior"*. Asimismo, incide en el respeto de la norma con las competencias autonómicas, *"ya que las Comunidades Autónomas podrán decidir cómo organizar las inspecciones de comercio y/o de consumo en función de sus intereses y efectivos"*. Y también, y de gran importancia, en el hecho de que la nueva regulación de la venta a pérdida *"sigue manteniendo la definición técnica de venta con pérdida, que facilita a las Comunidades Autónomas su función de inspección y sanción, ya que les proporciona el indicio, pero dado que esto no es suficiente para imponer la sanción, debe acreditarse que además de existir venta a pérdida ésta es desleal porque se incurre en los supuestos que determina la ley"*.

De esta forma, la vigente redacción del artículo 14.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista establece

que, no obstante la libertad de precios prevista en el artículo 13, *"no se podrán realizar ventas al público con pérdida si éstas se reputan desleales"*, para lo que a continuación la norma detalla los supuestos en los que las ventas a pérdidas se reputarán desleales, en términos semejante en lo sustancial a los previstos en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, y que se observa en los siguientes supuestos:

a) *Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento.*

b) *Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno.*

c) *Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.*

d) *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 al mismo, que induzca o pueda inducir a error al consumidor medio y le haya hecho tomar la decisión de realizar una compra que, de otro modo, no hubiera realizado".*

De esta manera, fuera de los anteriores supuestos, la venta a pérdida no será desleal, y, de acuerdo con la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, no deberá ser prohibida.

De esta forma, como también se advirtió por la doctrina, la legislación contra la competencia desleal y la legislación sobre comercio minorista proclaman expresamente el principio de libertad de precios: la libertad de los agentes económicos de determinar los precios de sus prestaciones. Así, la vigencia de este principio deriva directamente de la libertad de competencia, que constituye el contenido esencial de la libertad de empresa constitucionalmente establecida y garantizada.

Siendo ello así, es importante comprender la caracterización de la venta a pérdida desde la perspectiva del derecho represor de la competencia desleal. La doctrina especialista en este ámbito ha desgranado aquellos aspectos que componen la acción relevante de la venta a pérdida tipificada en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, a cuyos criterios también alude la norma en materia de comercio minorista.

El primer aspecto de la acción relevante es el referente a la venta. Al respecto, se afirma que esta noción, al igual que la del principio de libre fijación de precios debe merecer una interpretación amplia, en la que, además de la compraventa, también podrán tener cabida otros negocios jurídicos centrados en prestaciones de servicios.

En segundo lugar, debe ser a pérdida. A estos efectos, la normativa sancionadora de la competencia desleal no establece los supuestos en los que la que ésta puede

considerarse hecha a pérdida, sino que se limita a ofrecer las indicaciones relativas a cuándo se considerará desleal. A juicio de la doctrina especialista en la materia, la existencia de una venta a pérdida se puede deducir al confrontar el precio de venta al público de la prestación y el precio de adquisición o costes que aquella prestación tiene para el oferente. A estos efectos, es oportuno recordar que coste y precio de adquisición se refiere a circunstancias distintas, toda vez que el criterio centrado en el coste se orientaría a determinar si las ventas realizadas por un fabricante son ventas a pérdida, y por su parte, el precio de adquisición se centraría en las ventas realizadas por un revendedor.

Se ha considerado que el precio de adquisición es el parámetro relevante para la determinación de la existencia de un supuesto de venta a pérdida en los casos de ofertas señuelo y descrédito de un producto ajeno. Se trata del precio que es efectivamente satisfecho al proveedor, en el que se tendrán en consideración los posibles descuentos, subvenciones y bonificaciones sobre el precio que se haya podido acordar, para lo que la doctrina especialista en la materia ha expresado que podrá ocurrir, tanto si se hacen efectivos en el momento de la adquisición, como en uno posterior, tomando en consideración aspectos como es de ver en los supuestos de descuentos por volumen a lo largo de un determinado período de tiempo, en los de

descuentos por fidelidad, en las bonificaciones por ventas y en las primas de lanzamiento.

Por su parte, la venta por debajo de costes engloba dos supuestos diferenciados, que, asimismo, atenderán a que la deslealtad de la práctica considerada se deba al engaño sobre el nivel de precios de otros productos o servicios del establecimiento, a una finalidad predatoria o a la producción del descrédito de un establecimiento ajeno, en consonancia con los supuestos previstos en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal. Se trata de los supuestos centrados en los costes efectivos de producción y costes variables medios.

En relación con el primer caso de práctica desleal, el coste efectivo de producción es un criterio equivalente al precio de adquisición, que servirá para determinar una venta a pérdida en los supuestos en los que el oferente produzca la prestación. De esta forma, se integrará por aspectos que conducen de manera similar al precio de adquisición, en los que no se incluirán los costes relacionados con el almacenamiento, la promoción y la comercialización de la prestación.

En relación con el segundo supuesto de práctica desleal consistente en la venta a pérdida con una finalidad predatoria o de descrédito de establecimiento ajeno, se atiende a costes variables, que son los que arroja la operación de dividir la suma de todos los costes que varían en atención al volumen de producción o ventas por el número de unidades producidas o

vendidas; así como a los costes totales medios, obtenidos a partir de la división del coste total suma de costes fijos y variables entre el número de unidades producidas o vendidas; y, finalmente, los costes marginales, entendidos como coste de la última unidad producida o vendida.

Al respecto, se afirma que la superación del umbral de los costes totales medios conlleva que deba descartarse la existencia de una venta a pérdida y que el umbral de *remuneratividad* se traspasa en el caso de que se superen los costes variables medios, lo que conlleva que la venta a precio inferior al coste variable medio es, en todos los supuestos, una venta a pérdida, sin que ello signifique por sí mismo que tiene naturaleza desleal, pues ésta requerirá la existencia de otras circunstancias.

Además, en el supuesto de existencia de una finalidad predatoria, se debe atender a los costes totales medios cuando la diferencia entre costes variables medios y el precio de venta no permita superar a largo plazo los costes totales medios, para lo que resultará necesario incrementar el precio de venta por encima de dichos costes totales.

Desde la perspectiva del precio de venta, se ha señalado la necesidad de distinguir los supuestos de deslealtad que aparecen de manera instantánea como en el supuesto de las ofertas señuelo, de los que no por emerger de la continuidad de las ventas a pérdida, como en los supuestos del descrédito y de exclusión del

mercado. Ello en la medida en que, mientras en el supuesto de ofertas señuelo se atenderá al precio de venta al público consignado en la publicidad de la prestación, en los supuestos de descredito y exclusión del mercado, se deberá atender a la evolución de los precios y a la previsión de los mismos durante un determinado periodo de tiempo que evidencie, tanto la existencia de venta a pérdida como las conductas de descredito y exclusión del mercado.

Con todo, el primer inciso del artículo 14.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista detalla lo que debe entenderse como venta a pérdida, en los términos previstos en esta norma. En concreto, *"se considerará que existe venta con pérdida cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación"*.

En relación con el primer criterio por el que se considerará que existe venta con pérdida cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, se ha planteado la duda con respecto a si se debe apreciar comparando producto por producto, en el sentido de comparar el precio de venta de cada producto con su

precio de adquisición, reposición o producción, o si debe atender a la comparación de los precios medios, tanto de adquisición como de reposición o producción calculados durante una franja temporal. Al respecto, aunque la primera postura puede encontrar argumentos a su favor, se sostiene que la segunda parece más acertada y ajustada a los objetivos generales perseguidos por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, basada en la comparación de los precios medios durante un periodo de tiempo, aludir este cuerpo normativo a la distribución eficiente, la óptima asignación de recursos, a la libre competencia y, asimismo, a los consumidores.

En cualquier caso, el artículo 14 de la citada Ley incide en la venta a precio inferior al precio de adquisición aminorado por la aplicación de descuentos, para lo que se presume con carácter *iuris tantum* que son los que constan en la factura, toda vez que ofrecen seguridad jurídica en la tarea de la determinación de la existencia de venta a pérdida. Aunque la norma alude a los descuentos, se debe advertir que no son el único concepto deducible del precio a estos efectos, pues cabe citar a modo de ejemplo las subvenciones promocionales efectuadas por terceros. Por otra parte, es de interés distinguir entre la deducción de descuentos que se entrega al finalizar el año según la cifra anual de negocios o en el momento del aprovisionamiento. En el primer supuesto, se podrá realizar con certeza una vez transcurrido el año, si bien se entiende que dicha espera no resulta apropiada desde una perspectiva

económica cuando se realizan a lo largo de este periodo de tiempo, para lo que se recurrirá a la deducción proporcional sobre la base de previsiones sustentadas en datos disponibles. En el segundo supuesto relativo a la deducción del descuento en el momento del aprovisionamiento reviste menor complejidad, salvo cuando el descuento tiene carácter global, en cuyo caso, el descuento en alguno de los productos se repartirá de manera proporcional al resto de productos que integran el resto; o salvo cuando esté sometido a condición resolutoria por no alcanzar una cuota mínima de adquisiciones, para lo que deberá recurrirse a los criterios que se aplicarán en supuestos de entrega diferida.

El segundo criterio que expresa artículo 14.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista es el de venta por debajo del precio de reposición, que se considerará en sustitución del precio de adquisición, y atenderá a que el precio de reposición se efectúe a la baja. El precio de reposición incide en el precio de compra en el momento en el que se oferta un producto idéntico, lo que excluye el empleo de productos similares o sustituibles.

El tercer criterio centrado en el coste efectivo de producción se relaciona con los supuestos en los que el fabricante vende directamente al consumidor y en su determinación se recurre a criterios contables o económicos, no existiendo un concepto unitario. Asimismo, también se ha afirmado que el significado de

coste efectivo de producción barajado por la norma de ordenación del comercio minorista no debe ser, necesariamente, coincidente con el aplicado en el contexto de la normativa reguladora de la competencia desleal, siendo el del contexto del comercio minorista más amplio que el de la normativa represora de la competencia desleal.

Finalmente, conviene recordar una vez analizada la configuración de la venta a pérdida, que el reproche de deslealtad se deducirá de los supuestos contemplados en el artículo 17.2 de la Ley de Competencia Desleal, consistentes en que sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, que tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos, y cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

Sin embargo, todo este régimen descrito, como ya se ha indicado, en el marco de la normativa sobre la cadena alimentaria, tras la modificación operada en este año 2020, sólo resulta de aplicación en relación con la venta a consumidores, puesto que, como se ha indicado, una de las principales novedades es la obligación de que *"cada operador abone al inmediatamente anterior un precio igual o superior al coste de producción de tal producto en que haya incurrido dicho operador"*.

VIII. NORMATIVA SOBRE LA MOROSIDAD Y COMERCIO MINORISTA RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

Una de las cuestiones aparejadas a la vigente configuración de las cláusulas de reparto de valor es la relativa a su cohesión con la normativa en materia de morosidad. A estos efectos, la Directiva (UE) 2019/633, señala en su Considerando 18º que: *“Las disposiciones sobre mora que se establecen en la presente Directiva no deben afectar a los acuerdos relativos a cláusulas de reparto del valor a tenor del artículo 172 bis del Reglamento (UE) n.º 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo”*.

En consecuencia, el artículo 3 de la Directiva de prácticas comerciales desleales contempla una excepción respecto de la prohibición de prácticas comerciales desleales en las cláusulas de reparto de valor. En concreto, el citado artículo 3 establece en su primer apartado que los Estados miembros se asegurarán de que se prohíban, al menos, todas las prácticas comerciales desleales consistentes en que el comprador pague al proveedor, cuando el contrato de suministro establezca la entrega periódica de los productos más de 30 días después de la finalización del plazo de entrega acordado, o más de 30 días después de la fecha en que se fije la cantidad pagadera para dicho plazo de entrega, eligiéndose la fecha que sea posterior de las dos, en el caso de productos agrícolas y alimentarios

perecederos, y de 60 días para otros productos agrícolas y alimentarios. Pero, en un inciso posterior, recoge la excepción a favor de las cláusulas de reparto de valor en los siguientes términos: *"La prohibición indicada en la letra a) del primer párrafo se entenderá sin perjuicio de: (...) –la posibilidad de que un comprador y un proveedor acuerden una cláusula de reparto del valor a tenor del artículo 172 bis del Reglamento (UE) n.º 1308/2013"*. Ello confirma la interpretación consistente en que la cláusula de valor no es el precio de la venta, sino una condición comercial de contenido económico que, por su propia función, no puede quedar sometida al estricto cumplimiento de los plazos de las obligaciones de pago en sede de morosidad. La razón es clara: su devengo se producirá en un momento bastante posterior al de la obligación de pago del precio de la compraventa. Sin que ello signifique que, una vez devengado el derecho al cobro, se aplique el régimen general de morosidad al que, como ahora veremos, se remite la Ley 12/2013.

En efecto, la vigente Ley de la cadena alimentaria, señala en su artículo 23.2 que se considera infracción grave el incumplimiento de los plazos de pago en las operaciones comerciales de productos alimentarios o alimenticios, conforme a lo establecido en la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones

comerciales. Por tanto, hay una remisión al régimen general en materia de morosidad.

El objeto de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad, como se establece en su artículo 1, se centra en combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración.

A estos efectos, la introducción de cláusulas de reparto en contratos que recojan jurídicamente operaciones comerciales entre los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, y su primer comprador deberá atender a dicho objeto, tanto en lo que respecta a no incurrir en morosidad una vez que la deuda se encuentre vencida y sea exigible, como en lo que atañe a no fijar plazos comerciales de carácter abusivo para el posible pago que se deduzca de las mismas.

En este sentido, la morosidad es *"el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago"* de acuerdo con la definición que proporciona la Ley en su artículo 2.c). De esta forma, se recomienda que las cláusulas de reparto de valor contemplen, directa o indirectamente, el plazo contractual por el que proceder al pago una vez calculada y devengada su cantidad. Cabe apreciar que los plazos aparejados al pago de las cantidades deducidas de la aplicación de las cláusulas

de reparto de valor son plazos de pago de carácter contractual, cuya contravención dará lugar a los efectos jurídicos derivados de la morosidad correspondientes al devengo de los intereses de demora e indemnización por costes de cobro establecidos en los artículos 5 y siguientes de la Ley de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.

En concreto interesa señalar que el interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales.

Por otra parte, en relación al plazo máximo de pago, una vez devengado el derecho al cobro, en ausencia de pacto, el artículo 4 de la Ley de lucha contra la morosidad establece, tras la modificación operada en este precepto por el artículo 33.1 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que *"el plazo de pago que debe cumplir el deudor, si no hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad"*.

Otra cuestión relevante, que debe indicarse en esta sede, es la relación entre la normativa de morosidad y

de comercio minorista, artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (que regula el pago a proveedores). La Disposición adicional primera de la Ley de morosidad establece que *“En el ámbito de los pagos a los proveedores del comercio que regula la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, se estará en primer lugar a lo dispuesto por el artículo 17 de dicha Ley, aplicándose de forma supletoria esta Ley”*. Y en relación con los aplazamientos de pago de productos de alimentación frescos y de los perecederos, el apartado tercero del artículo 17 LOCM establece que, dichos aplazamientos *“no excederán en ningún caso de treinta días”*.

En este contexto hay que indicar que dicho régimen jurídico previsto en la LOCM es aplicable al aplazamiento del precio de venta, pero que no al pago de la cláusula valor, que queda sometido al régimen general de pagos previsto en la ley de morosidad, esto es, a falta de pacto 30 días, y en caso de pacto, no más de 60 días (artículo 4).

IX. REGULACIÓN COMPARADA: LA EXPERIENCIA FRANCESA Y ALEMANA

A nivel comparado, y estando pendiente todavía la Directiva 2019, interesa destacar que el Parlamento francés aprobó en 2018 una reforma a gran escala de la política nacional de agricultura a través de la *Loi EGalim (LOI n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour*

l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous), que ha supuesto una reforma integral del artículo L. 631-24 *Code rural et de la pêche maritime* (CRPM), que afecta a los contratos por escrito entre los productores agrícolas y sus compradores.

Los objetivos de la Egalim pueden agruparse en tres aspectos generales: permitir que los productores obtengan unas condiciones de vida dignas, reforzar las condiciones de calidad nutricionales de los productos y el impacto medioambiental y, finalmente, la promoción de una alimentación equilibrada, segura y sostenible para todos. El gobierno propuso la norma en base a ideas lanzadas desde el "*États généraux de l'alimentation*", una serie de conferencias que se organizaron en torno a la necesidad de reformar y mejorar las políticas alimentarias y de agricultura francesas.

Una parte relevante de la norma se dedica a asegurar una porción equitativa de los beneficios a los agricultores y un mejor reparto del valor creado por la producción agrícola, donde se incluye una nueva herramienta de determinación del precio basada en el coste de producción y los precios del mercado. Es decir, la normativa en la que se ha inspirado la reforma operada en 2020 en nuestro ordenamiento.

Este mecanismo pasa por invertir el proceso de formación de precios. Así, el contrato y el precio ya no serán a propuesta de los compradores, sino de los

productores, teniendo siempre en cuenta el coste de la producción. De esta forma, si previamente era el distribuidor quien imponía el precio al transformador, que, a su vez, era quien marcaba el precio del contrato con el agricultor, actualmente se busca que sea el grupo de agricultores quienes fijen el precio al transformador y éste al distribuidor. Precisamente en reconocimiento de que los agricultores aisladamente no tendrían suficiente poder de negociación como para imponer sus precios al siguiente nivel de la cadena (el transformador), se les permitirá influir en las negociaciones a través de la formación de organizaciones de productores, reforzándose, asimismo, el papel de las organizaciones inter-profesionales, tal y como permite la legislación europea.

Estas últimas, las interprofesionales, deben desarrollar y publicar costes de producción de referencia e indicadores de mercado para auxiliar a los productores en las negociaciones comerciales, para que éstos, eventualmente, los tengan en cuenta. Los mencionados indicadores pueden ser de tres tipos distintos: uno o varios indicadores relativos a los "costes pertinentes" de producción en la agricultura y la evolución de los mismos. En segundo lugar, uno o varios indicadores relativos al precio de los productos agrícolas y agroalimentarios en los mercados en los que opera el comprador. Finalmente, uno o varios indicadores relativos a las cantidades, la composición, la calidad,

el origen y la trazabilidad de los productos o a un pliego de especificaciones.

La legislación tiene como objetivo reequilibrar los márgenes de los distribuidores y compensar el trabajo de los agricultores. Con este fin en mente, el parámetro o umbral para considerar que se ha producido una reventa por debajo del coste de producción se elevará un 10% en los productos alimentarios. Este 10% adicional al coste de producción se ha de considerar parte de los costes de producción por debajo de los que los agricultores no pueden vender y, de esta forma, se obtiene un 10% de beneficio que directamente ingresan los agricultores. La medida se adopta porque el suelo o umbral actual de precios mínimos de coste no permitía cubrir los costes inevitables que actualmente enfrenta el productor (esto es, logística, personal, el transporte, etc.). Como consecuencia de lo anterior, se decide elevar el suelo al que se puede vender, de forma que se asegure un reparto de valor entre los diversos niveles de la cadena. Se trata de una medida que estará en periodo de prueba durante dos años y, en teoría, debería facilitar el reequilibrio de los márgenes a favor de los productores y las PYMEs. Sin duda, se trata de una medida muy arriesgada y que presenta riesgos ciertos desde una perspectiva de cumplimiento del Derecho de la Competencia, pero Francia la ha adoptado y de su experiencia se podrán extraer conclusiones relevantes.

La norma incluye también controles y sanciones para los supuestos en los que se incumplan las provisiones

recogidas en la Ley. Se refuerzan los mecanismos de mediación a los efectos de mejorar la efectividad de las medidas aprobadas en la ley para las relaciones comerciales. Y se regulan las promociones/ofertas en materia de volumen (25%) y valor (34%) para productos alimentarios con el objeto de evitar la destrucción de valor. Esta medida también pasará un periodo de prueba de dos años. En principio, la medida también está dirigida a mejorar las compensaciones de los agricultores y las PYMEs en el sector agrícola (no obstante, si bien se termina con la posibilidad de las ofertas del tipo "compra uno y llévate uno gratis", se continúan permitiendo las de "compra dos, llévate uno gratis").

También es relevante indicar que la ley habilita al Gobierno a legislar, a través de decreto, en materia de precios por debajo de coste y sobre promociones u ofertas. Y, finalmente, se admiten y facilitan las renegociaciones en los supuestos en los que el precio de las materias primas y la energía varíe.

Por su parte, Alemania también ha adoptado medidas para reforzar la posición de los pequeños productores y PYMEs en el sector de la agricultura y atajar las prácticas desleales en las relaciones comerciales con los distribuidores (como, por ejemplo, las rescisiones repentinas de contratos, plazos de pago extendidos para productos frescos o perecederos, modificaciones unilaterales en las condiciones de entrega, etc.), pendientes de aprobación por el Parlamento. Téngase en

cuenta que, en Alemania, las 4 cadenas de distribución más importante tienen una cuota de mercado conjunta superior al 85%.

La reforma de la ley prohíbe una serie prácticas desleales en las relaciones comerciales agrarias que serán controladas por la Agencia Federal de Agricultura y Alimentación, que adoptará decisiones de forma conjunta con la Autoridad de Competencia alemana: a) se impiden las cancelaciones intempestivas de pedidos de alimentos perecederos; b) se prohíbe que los distribuidores modifiquen las condiciones de entrega, los estándares de calidad, las condiciones de almacenaje y de venta y los términos de pago unilateralmente; c) se prohíbe que, en los contratos de compraventa de alimentos perecederos, d) el plazo de pago sea superior a 30 días y los no perecederos, a 60 tras la entrega; e) se obliga a que, a solicitud del vendedor, se redacte por escrito el contrato de compraventa; f) se prohíbe la adquisición ilegal de los secretos comerciales del vendedor, la amenaza de represalias de naturaleza comercial si el proveedor exige sus derechos legales o contractuales; g) se prohíbe también repercutir los costes al proveedor por gestionar las quejas sin que exista culpa en el proveedor, o que los compradores requieran que el proveedor soporte los costes que no estén específicamente relacionados con el producto vendido o que costee los costes de almacenaje de los productos, que los productos no vendidos se devuelvan al proveedor sin pagar el previo de compra.

Por tanto, como ha podido comprobarse, la normativa española, en estos momentos, puede calificarse como más avanzada que la alemana, pero bastante más conservadora que la francesa. Resulta necesario realizar un seguimiento sobre los resultados obtenidos por la reforma francesa, sobre todo, en aquellas medidas cuya relación con el Derecho de la Competencia es, como mínimo, discutible.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES SOBRE DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SECTOR AGRÍCOLA

PRIMERA: Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, el Sector agrícola ha de empezar a desechar algunas de sus reivindicaciones históricas y formular nuevas peticiones coordinadas con el Derecho de la competencia.

En efecto, debe renunciarse a la reivindicación del “abuso de la posición dominante” de la gran distribución. El término “posición dominante” es un concepto técnico jurídico, definido por el TJUE y, actualmente, no existen evidencias de que algún distribuidor agroalimentario, ni en el mercado europeo ni nacional, en ningún Estado Miembro, se encuentre en dicha posición (es habitual situar dicha hipótesis en cuotas de mercado superiores al 40%). Así, por ejemplo, en España, la mayor cadena de distribución de ámbito nacional posee una cuota de mercado cercana al 25%.

En relación con la reivindicación de precio mínimo de venta para el sector, éste sigue siendo un límite infranqueable del Derecho de la Competencia. Como se ha analizado en el estudio, pese a esta notable extensión de las exclusiones a la prohibición de acuerdos colusorios de los acuerdos que se concluyen en el seno de OPs y AOPs, se mantiene el párrafo III del artículo 209.1 por el que se prohíben expresamente los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que conlleven la

obligación de cobrar un precio idéntico o por medio de los cuales quede expresamente excluida la competencia.

En este contexto, es importante señalar que, como es jurisprudencia reiterada, tanto en el ámbito europeo como nacional, la participación de las Administraciones Públicas en los acuerdos entre operadores del sector agroalimentario no impide la aplicación de la normativa de competencia a los operadores que son parte de dichos acuerdos. Esto es, el hecho de que la Administración Pública participe, o incluso organice, en la toma de acuerdos que posteriormente se consideren contrarios al Derecho de la Competencia no exime a los operadores económicos que han participado en el acuerdo -lo hayan implementado o no- de la infracción y correspondiente sanción, que puede llegar hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

Finalmente, en el ámbito de la reivindicación sobre la venta a pérdida, hay que partir del principio de que la venta al consumidor final puede realizarse a pérdida, tal y como ha proclamado el TJUE, salvo si ésta se reputa desleal (artículos 17 LCD y 14 LOCM). Por tanto, resulta necesario adaptar la reivindicación y controlar las actuaciones realizadas dentro la cadena alimentaria.

Con la reforma de la Ley de cadena alimentaria, realizada en 2020, se establece una excepción legal a este principio general de venta a pérdida para las operaciones realizadas en el seno de la cadena, con la

excepción de la venta al consumidor final. 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 de la cadena, excluyéndose la venta final al producto al consumidor (donde sí podrá venderse a pérdida). Esta idea se complementa con la prohibición, por parte del vendedor al consumidor final, de repercutir su política comercial en materia de precios ofertados al público.

La regla, que está bien configurada para un mercado que funciona correctamente, esto es, en el que la configuración del precio final viene determinada por los precios de venta, choca radicalmente con el funcionamiento de la cadena alimentaria en la gran distribución. El gran poder de negociación de la gran distribución invierte completamente el proceso de configuración del precio, que no se realiza desde la venta, sino desde la compra. Esto es, la gran distribución -último comprador antes del consumidor- es quien indica a qué precio quiere vender el producto al consumidor, y le comunica a qué precio le quiere comprar al transformador, quién a su vez presiona y comunica el precio al que quiere comprar al comprador y, finalmente, éste replica el procedimiento con el productor, a quien los márgenes y el precio ya le llegan muy ajustados, sino directamente inviables. Ahí es donde se encuentra el fallo de mercado y el motivo por el que se estima imperiosa una regulación del poder de mercado entendido

en su doble sentido de poder de compra y poder de negociación.

En efecto, hay que reivindicar nuevas herramientas para controlar el poder de mercado como, por ejemplo, regular el poder de compra y el poder de negociación. El Derecho de la Competencia actual se ha revelado como un instrumento inadecuado para reducir la asimetría en el poder negociador de las partes, e inefectivo en la mayoría de los casos para expulsar del mercado las conductas comerciales desleales impuestas por la parte que ostenta poder de negociación. Los cambios producidos en el funcionamiento de la cadena en los últimos quince años exigen de un tratamiento regulatorio específico. Para reequilibrar un correcto funcionamiento de la cadena alimentaria, reduciendo la asimetría de poder de la gran distribución, es necesaria la reivindicación de una normativa que regule el poder de negociación, esto es, el poder de mercado sin posición de dominio, que es algo que va más allá de las prácticas desleales.

SEGUNDA: La agricultura es un terreno fértil para la cooperación, pero hay que conocer bien el ámbito de la cooperación lícita en Agricultura. Para la consecución de los objetivos consistentes en instaurar una política agrícola común y establecer un sistema de competencia no falseada, el artículo 42 TFUE y la jurisprudencia del TJUE reconocen la primacía de la política agrícola común con respecto a los objetivos del Tratado en el ámbito de la competencia y la facultad del legislador

de la Unión de decidir en qué medida las normas sobre la competencia deben aplicarse en el sector agrícola.

Ahora bien, dicha primacía tiene sus límites. El Derecho de la Competencia se aplica sin excepción a todos los eslabones de la cadena alimentaria debido al carácter transversal de las reglas de competencia del TFUE y de la LDC en el plano nacional. No obstante, en lo que se refiere a las actividades de producción y comercialización de productos agrarios, la aplicación del Derecho de la Competencia está condicionada por el hecho de que debe ser compatible, o no debe poner en peligro, con los objetivos específicos de la Política Agraria Común recogidos en los artículos 39, 42 y 43.2 TFUE. En el ámbito interno, recientemente, la autoridad nacional de Defensa de la Competencia (CNMC) ha recordado que se mantienen vigentes las consideraciones generales sobre la aplicabilidad de la normativa de competencia a todos los sectores productivos, sin perjuicio de las nuevas modulaciones introducidas recientemente en el Derecho derivado europeo en materia agraria que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente.

La pieza esencial para la cooperación lícita en agricultura, tal y como se ha configurado legal y jurisprudencialmente, está en el marco de las organizaciones de productores o de las asociaciones de organizaciones de productores, con el requisito añadido de estar reconocida por un Estado Miembro. Ahora bien, pese a esta notable extensión de las exclusiones a la

prohibición de acuerdos colusorios de los acuerdos que se concluyen en el seno de OPs y AOPs, se mantiene el párrafo III del artículo 209.1 por el que se prohíben expresamente los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que conlleven la obligación de cobrar un precio idéntico o por medio de los cuales quede expresamente excluida la competencia. De modo que no quedan excluidos los acuerdos y decisiones de fijación de precios mínimos entre agricultores y sus asociaciones, aunque sí las concertaciones relativas a precios en el seno de las OPs y AOPs. Pero los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas no pueden llegar hasta el punto de exigir la obligación a productores de cobrar un precio idéntico o cualquier otra imposición que pueda excluir la competencia entre ellos, particularmente cuando la comercialización se realice de manera independiente. Por ello, cuando la comercialización se realice de manera independiente, y no en el marco de una comercialización unitaria de los productos por parte de la OPs o AOP, el valor del precio acordado no pasa de ser una recomendación de precios para sus miembros, de la que son libres de separarse.

CONCLUSIONES SOBRE PRECIO Y REFORMA DE LA LEY DE CADENA ALIMENTARIA

TERCERA: La falta de equilibrio en la fijación de precios en la cadena alimentaria, identificada como causa de la crisis del sector por el legislador, lleva

a modificar el artículo 9 de la Ley 12/2013, que establece el contenido mínimo de los contratos alimentarios, que han de redactarse por escrito e incluir una serie de menciones obligatorias, entre las que se encuentra el precio que deberá respetar el coste efectivo de producción. Éste es el mecanismo, de inspiración francesa, que trata de frenar la transmisión del poder de mercado aguas-abajo de la gran distribución en cuanto a la configuración del precio, hasta llegar al productor. Se trata de un sistema que trata de asegurar un precio al productor, aunque es discutible si dicho precio es "digno" y, en cualquier caso, no llega a los mecanismos más avanzados -aunque de discutible legalidad- instaurados por el legislador francés -tal y como se analiza en el estudio-.

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, considerándose además la conducta como una infracción grave, sujeta al régimen sancionador de la Ley 12/2013. Esto significa que no respetar la Ley de la cadena alimentaria en relación con el precio y coste de efectivo de producción conlleva efectos administrativos -una sanción-; pero no civiles, por lo que el contrato celebrado será válido estos efectos, sin que pueda atacarse su efectividad ni exigibilidad por este particular incumplimiento. Y esto, sin duda, es una circunstancia que limita la potencialidad de la reforma.

En este sentido, una adecuada protección de la cadena exigiría dos actuaciones: por una parte, la publicación íntegra de todas las resoluciones que finalicen con sanción -como medida desincentivadora para el infractor- ; y, por otra, la instauración en la Ley de la cadena de un sistema de reclamación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento decretado en resolución administrativa o judicial firme.

La falta de una regulación específica sobre daños comporta que el perjudicado tenga que iniciar un procedimiento más complejo y costoso como el que ofrece la Ley de competencia desleal, por la vía del artículo 15.2 LCD y que, sin duda, desincentiva el ejercicio del derecho por parte del perjudicado. En consecuencia, se estima conveniente introducir una simplificación del procedimiento para los perjudicados.

CUARTA: Como ya se ha indicado, el nuevo régimen jurídico previsto en la Ley 12/2013, tras la reforma de 2020, exige que 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. Se trata de una excepción a la regla general que permite la venta a pérdida que, no obstante, no se aplica a los contratos con los consumidores finales, por lo que el operador de la cadena que celebre un contrato con un consumidor final -normalmente, la gran distribución- podrá vender a pérdida.

La excepción se complementa con una prohibición del operador que puede vender a pérdida de repercutir su riesgo empresarial derivado de su política comercial en materia de precios ofertados al público. Se trata de una medida bienintencionada, pero que parece desconocer el funcionamiento real de la configuración de precios actual en la cadena, cuya formación no se realiza a partir del precio de venta del producto en origen, sino que, como consecuencia del poder de mercado de la gran distribución -poder de compra y poder de negociación-, se construye a partir del precio de compra que está dispuesto a pagar el último comprador en la cadena antes de poner el producto a disposición del consumidor. Esta circunstancia requiere, como se ha dicho, de nuevos mecanismos regulatorios que controlen el poder de mercado por operadores sin posición dominante.

CONCLUSIONES SOBRE LA CLÁUSULA DE REPARTO DE VALOR Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA, LA LEY DE MOROSIDAD Y LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

QUINTA: Las cláusulas de reparto de valor son acuerdos dirigidos a determinar una obligación de pago futura por parte de uno de los contratantes que toma en consideración circunstancias tales como los beneficios o pérdidas obtenidos por una de las partes y en los que, en consecuencia, se atiende a los precios de los productos en el mercado. Su utilización, voluntaria, no

modifica la naturaleza jurídica del contrato celebrado, que sigue siendo una compraventa. La cláusula de valor es un elemento económico, distinto del precio de venta, que trata de asignar una más eficiente participación en la cadena de valor de un producto desde origen hasta el vendedor final (normalmente la gran distribución).

La cláusula de reparto de valor no es técnicamente precio de venta. Su establecimiento puede generar a las partes el devengo de obligaciones de pago, distintas de la del precio de venta. No hay que confundir precio de venta y cláusula de reparto de valor. Mientras que el precio es la contraprestación por el cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa -el producto agrícola- y, por tanto, es un elemento esencial del contrato; en cambio, la cláusula de reparto de valor, por una parte, es un elemento accesorio del contrato, por lo que para que sea exigible requiere de pacto expreso, y, por otra, en puridad es una ventaja adicional, que se engloba en el concepto más amplio de retribución, pero que no forma parte del precio. En realidad, se trata de condición comercial que generan una posible obligación adicional de pago a favor de una de las partes.

Ello, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia europeo y nacional, tiene importancia, por cuando la concentración en el lado de los productores para la negociación de una cláusula de valor estándar no puede calificarse como un acuerdo colusorio sobre precio, sino sobre condiciones comerciales. Y aunque en ambos casos el acuerdo puede calificarse como colusorio

y contrario al artículo 101.1 TFUE y 1.1 LDC, en realidad las posibilidades de que el acuerdo pueda cumplir con los requisitos del apartado tercero de sendos preceptos son diferentes.

SEXTA: Consciente de ello -que cláusula de reparto de valor no es precio-, el legislador europeo, que no ha variado su política de competencia respecto de la concertación de precios, con el matiz expuesto por la jurisprudencia del TJUE en el caso endivias 2017 (OPs y AOPs); en cambio, sí ha sufrido una evolución clara hacia la ampliación y fomento del recurso a la cláusula de valor, permitiendo su concertación, como mecanismo para eliminar asimetrías en la cadena, siempre que se realice en el marco de una interprofesional autorizada por un Estado miembro, tal y como se ha analizado en el estudio. De hecho, la reforma operada a finales de octubre de mismo año 2020 confirma esta posición.

SÉPTIMA: Aunque el legislador considera que el marco más adecuado para la configuración de las cláusulas de reparto de valor es el de las organizaciones interprofesionales, nada impide que las cláusulas de reparto de valor se pacten directa e individualmente entre productores con los compradores. Lo que sería contrario al Derecho de la Competencia y podría acarrear importantes sanciones. Sería una negociación entre productores fuera del paraguas de las

interprofesionales, las OPs y las AOPs. Debiendo recordar, con el caso endivias 2017, que la negociación entre OPs y AOPs sobre el contenido de una cláusula de valor también constituiría una infracción del Derecho de la Competencia, por lo que el puerto más seguro es el de las organizaciones interprofesionales.

Esta conclusión no es una cuestión menor porque, atendida la importancia que las cláusulas de reparto de valor están llamadas a tener en la cadena agroalimentaria, sería conveniente una reforma integral de la Ley 38/1994, para adecuar sus funciones y su funcionamiento al papel principal que, en relación con las cláusulas de reparto de valor, el legislador europeo les atribuye. Un ejemplo de la modernización de la regulación sobre las organizaciones interprofesionales lo encontramos en el sector lácteo. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico ya contempla la posibilidad de empleo de cláusulas de reparto de valor en la contratación del sector lácteo y de su establecimiento por organizaciones interprofesionales de dicho sector en la contratación: Real Decreto 95/2019, de 1 de marzo.

En el actual contexto legal, las interprofesionales deben poder desarrollar y publicar costes de producción de referencia e indicadores de mercado para auxiliar a los productores en las negociaciones comerciales, para que éstos, eventualmente, los tengan en cuenta. Y, a partir de ahí, las organizaciones interprofesionales pueden elaborar una fórmula de cálculo de la cláusula de reparto de valor que tome como referencia de partida,

no el precio de venta del contrato de compraventa, sino el precio medio calculado en atención a la evolución del mercado, sin que ello comporte una infracción del Derecho de la Competencia.

OCTAVA: Por otra parte, también desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, desde la relación productor-comprador, una cláusula de reparto de valor podría llegar a ser calificada como un acuerdo vertical entre éstos. La cual, pese a estar expresamente autorizada por el artículo 172 bis del Reglamento OCM, podría llegar a plantear problemas de eficiencia cuando no equilibre equitativamente los intereses de las partes y del mercado, por ejemplo, cuando su objetivo o efecto sea trasladar al productor el riesgo ante la merma de precios finales en contextos de tendencia a la baja de precios de productos agrícolas.

NOVENA: La cláusula de reparto de valor, en la medida en que es una condición comercial y no forma parte del precio de venta, no queda sometida a las reglas sobre obligaciones de pago desde la entrega del producto, previstas en la LOCM y en la Ley de cadena alimentaria y, por remisión, a la Ley de morosidad. La razón es clara: su devengo se producirá en un momento bastante posterior al de la obligación de pago del precio de la compraventa.

DÉCIMA: Ahora bien, ello significa que, una vez devengado el derecho al cobro derivado de la cláusula de reparto de valor, se aplique el régimen general de morosidad. Siendo ello así, a falta de pacto, la cantidad devengada por la cláusula de reparto de valor deberá pagarse en el plazo máximo de 30 días desde el devengo, pudiendo pactarse cualquier plazo que, en ningún caso, podrá superar los 60 días desde el devengo. Por su parte, el interés de demora que deberá pagar el deudor derivado de una cláusula de reparto de valor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MÁS, M^a. J., "El régimen sancionador", en Viciano Pastor, J. (Dir.); Corberá Martínez, J. M. (coord.), Retos en el sector agroalimentario valenciano en el Siglo XXI. A propósito de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- AMAT LLOMBART, P., "La especial aplicación del derecho de la competencia a la producción y comercialización de productos agrícolas en el marco de la PAC", Revista de Derecho Agrario y Alimentario, N° 71, 2019
- AMAT LLOMBART, P., "La política y las ayudas al desarrollo rural en la PAC 2014-2020: Proceso de aplicación en España", en Amat Llobart, P.; Muñiz Espada, E. (eds. Lit.). La nueva PAC 2014-2020: un enfoque desde el Derecho agrario, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, Avis n° 18-A-04 du 3 mai 2018 relatif au secteur agricole, Ministre de l'économie et des finances, République Française, 2018
- BAKHOUM, M., Abuse without dominance in competition law: abuse of economic dependence and its interface with abuse of dominance, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper N. 15-15, 2015

- CARBAJO CASCÓN, F., "Las exenciones agrícolas en el difícil equilibrio entre política agraria común y Derecho de la competencia en la Unión Europea", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, N° 40, 2019-2020
- CARLES, J., Y COURLEUX, F., "The agricultural component of the Omnibus: a reform that opens the door to the securitization of the agricultural crisis", *Agriculture Estratègies*, 2018
- CORBERÁ MARTÍNEZ, J. M., "Cláusula de reparto de valor en el sector agroalimentario y derecho de la competencia", en Tato Plaza, A.; Costas Comesaña, J.; Fernández Carballo-Calero, F. J.; y Torres Pérez, F. (dirs.), *Nuevas Tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial II*, Comares, Granada, 2019
- CORBERÁ MARTÍNEZ, J. M., "Evolución de las cláusulas de reparto de valor en el sector agrícola en el Derecho de la Unión Europea", *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, N° 255, 2020
- COSTAS COMESAÑAS, J. P., "La aplicación del Derecho de la competencia en los mercados agroalimentarios", en Cachafeiro García, F.; García Pérez, R.; y, López Suarez, M. A. (Coords.), *Derecho de la competencia y gran distribución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016
- CRUZ ROCHE, I., "Las transacciones económicas en la cadena de valor alimentaria", *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria*, Marcial Pons, 2016

- CURTO POLO, M^a. M., "Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones", en Carbajo Cascón, F. (coord.). Manual práctico de Derecho de la competencia, Tirant lo Blanch, Valencia
- DOBSON, P., CLARKE, R., DAVIES, S., WATERSON, M., "Buyer power and its impact on Competition in the food retail distribution sector of the European Union", Journal of Industry, competition and trade, 2002
- ESTEVAN DE QUESADA, C., "La explotación de la dependencia económica debida al poder relativo de la demanda en la cadena alimentaria", Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria, Marcial Pons, 2016
- ESTEVAN DE QUESADA, C., "La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica", Revista de Derecho mercantil, nº 257, 2005
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R., "La política agrícola común: origen, desarrollo y perspectivas", Revista de Derecho de la Unión Europea, N°26, 2014
- GONZALEZ CASTILLA, F., "La cadena alimentaria como objeto de regulación: reflexiones sobre la confluencia de competencias y el ámbito de aplicación de la Ley 12/2003", Retos en el Sector Agroalimentario Valenciano en el Siglo XXI, Tirant lo Blanch, 2020
- GONZALEZ CASTILLA, F., "La represión de las prácticas comerciales desleales en la cadena agroalimentaria europea", Estudios sobre el régimen jurídico de la

cadena de distribución agroalimentaria, Marcial Pons, 2016

- GUILLEM CARRAU, J., "Las derogaciones a la normativa del Derecho de la competencia y las organizaciones de productores", Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros, N° 248, 2017
- GUILLEM CARRAU, J., "Modos y cauces de decidir el Nuevo Derecho agrario de la UE (PAC post 2013)", en Amat Llombart, P.; Muñiz Espada, E. (eds. Lit.). La nueva PAC 2014-2020: un enfoque desde el Derecho agrario, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015
- GUILLEM CARRAU, J., "Política Agrícola Común y Derecho de la Competencia", Revista de Derecho de la Unión Europea, N° 26, 2014
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., "La aplicación del Derecho de la competencia al sector agroalimentario ante los restos de un nuevo modelo de distribución", en Cachafeiro García, F.; García Pérez, R.; y, López Suarez, M. A. (Coords.), Derecho de la competencia y gran distribución, Aranzadi, Cizur Menor, 2016
- HERRERA ANCHUSTEGUI, I., Buyer power in EU competition law, University of Bergen, 2017
- JIMENO FERNÁNDEZ, F., "Normas de competencia", en Amat Llombart, P.; Muñiz Espada, E. (eds. Lit.), La nueva PAC 2014-2020: un enfoque desde el Derecho agrario, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015

- KANG, M. G. Y MAHAJAN, N., An introduction to market-based instruments for agricultural price risk management. Agricultural Management, Marketing and Finance Service (AGSF) Working Document 12, Agricultural Support Systems Division. Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), Roma, 2006
- LANGREO NAVARRO, A., "Colaboración y conflicto en la cadena de producción de alimentos", Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria, Marcial Pons, 2016
- MASSAGUER, J., SALA ARQUER, J. M., FOLGUERA, J., y GUTIERREZ, A. (Dirs.), Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, 5^a ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2017
- MASSAGUER, J.; y PALAU RAMÍREZ, F., "Artículo 17. Venta a pérdida", en Massaguer Fuentes, J., Comentario a la Ley de Competencia Desleal, Civitas, Madrid, 1999
- MAUDES GUTIÉRREZ, A., y SILOS RIBAS, M., "Valoración de la Ley de Cadena Alimentaria desde la perspectiva de la promoción de la competencia", en Cachafeiro García, F.; García Pérez, R.; y, López Suarez, M. A. (Coords.), Derecho de la competencia y gran distribución, Aranzadi, Cizur Menor, 2016
- MAUDOS. J., SALAMANCA, J., El sector agroalimentario de la Comunitat Valenciana en el contexto nacional, Generalitat Valenciana: Ivie, Informe entregable n.º 6, 2018

- PALAU RAMÍREZ, F., "El ocaso de la prohibición de venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: la relevancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, EUROPAMUR ALIMENTACIÓN, S.A.", en Miranda Serrano, L. M., y Costas Comesaña, J. (Dirs.), Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018
- PALAU RAMÍREZ, F., "La venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: ¿Hacia una nueva etapa en su aplicación", en Cachafeiro García, F.; García Pérez, R.; y, López Suarez, M. A. (Coords.), Derecho de la competencia y gran distribución, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016
- PALAU RAMÍREZ, F., Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio, Marcial Pons, Madrid, 1998
- RODRÍGUEZ CACHÓN, T. Relaciones contractuales de la cadena alimentaria: Estudio desde el análisis económico del Derecho, Dykinson, 2020
- RODRIGUEZ MARTINEZ, I., "Los contratos alimentarios o de la cadena alimentaria", Retos en el Sector Agroalimentario Valenciano en el Siglo XXI, Tirant lo Blanch, 2020
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., "Los contratos alimentarios o de la cadena alimentaria", en Viciano Pastor, J. (Dir.); Corberá Martínez, J. M. (coord.), Retos en el

sector agroalimentario valenciano en el Siglo XXI. A propósito de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., "La promoción de la competencia y la nueva regulación para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en España", en Cachafeiro García, F.; García Pérez, R.; y, López Suarez, M. A. (Coords.), Derecho de la competencia y gran distribución, Aranzadi, Cizur Menor, 2016
- RUIZ PERIS, J.I., "La Unión Europea y el mercado agroalimentario: una perspectiva jurídica", Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria, Marcial Pons, 2016
- SANTAOLALLA MONTOYA, C., "La Ley de cadena alimentaria como ley de policía en Europa", en Viciano Pastor, J. (Dir.); Corberá Martínez, J. M. (coord.), Retos en el sector agroalimentario valenciano en el Siglo XXI. A propósito de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- SANTAOLALLA MONTOYA, C., La política de competencia en su proyección sobre el agro español, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2018
- TATO PLAZA, A., y GARCÍA CACHAFEIRO, F., Derecho de la competencia y sector agrario, Informe del Tribunal Galego de Defensa de la Competencia, 2006

- VELÁZQUEZ, B., BUFFARIA, B., EUROPEAN COMMISSION, "About farmers' bargaining power within the new CAP", Agricultural and Food Economics, 2017
- VICIANO PASTOR J., "Prácticas comerciales desleales entre empresarios en la Ley de Cadena Alimentaria", en Viciano Pastor, J. (Dir.); Corberá Martínez, J. M. (coord.), Retos en el sector agroalimentario valenciano en el Siglo XXI. A propósito de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019