

Prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro agrícola y alimentario.

Impacto de la Directiva (UE) 2019/633 en el Derecho español

Ángel García Vidal

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

Se estudian las principales implicaciones de la recentísima Directiva (UE) 2019/633, desde la perspectiva del Derecho español.

1. La Directiva (UE) 2019/633 y el Derecho represor de la competencia desleal

En sus orígenes, el Derecho represor de la competencia desleal nació como un instrumento de tutela de los intereses de los empresarios. Baste pensar, por ejemplo, en la regulación del Convenio de la Unión de París, que define la competencia desleal como todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial, y que sólo concede legitimación activa en las causas de competencia desleal a las asociaciones profesionales. Pero ese modelo profesional o corporativo de la competencia desleal dio lugar, en la segunda mitad del pasado siglo, a un modelo social en el que el Derecho represor de la competencia desleal ha dejado de ser exclusivamente un instrumento de tutela de los intereses de los empresarios para pasar a proteger también a los consumidores y al público en general. La Ley española de Competencia Desleal es un ejemplo paradigmático de ello cuando dispone que «tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado», por lo tanto, no sólo de los empresarios.

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

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

El Derecho de la Unión Europea ha desempeñado un papel relevante en este cambio de modelo de la normativa de la competencia desleal. Así se apreció ya en la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, que declaraba tener por objeto «proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias desleales». De hecho, la regulación de la Unión Europea se ha centrado sobre todo en la represión de los actos de competencia desleal que pueden afectar a los consumidores y al público general, siendo el hito más relevante la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

No obstante, aun partiendo del modelo social, en los últimos años la Unión Europea ha vuelto su atención al aspecto empresarial de la competencia desleal, ocupándose de los actos que afectan especialmente a las relaciones entre empresarios. Tal sucede, por ejemplo, en la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (que «tiene por objeto proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa»), o en la Directiva (UE) 2016/943, sobre secretos comerciales.

Pues bien, en este contexto de focalización de la atención del Derecho represor de la competencia desleal en las relaciones entre empresarios, se inserta también la reciente Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril del 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. De hecho, esta incidencia en el aspecto profesional o corporativo se aprecia ya en la terminología empleada por la directiva, que —según su artículo 1— pretende reprimir conductas o prácticas «que se apartan manifiestamente de las buenas conductas comerciales, son contrari[a]s a la buena fe y a la lealtad comercial».

2. Una directiva para casos específicos de abuso de dependencia económica

2.1. Proveedores, compradores, poder de negociación y dependencia económica

La directiva se centra en la regulación de un tipo de actos que tienen lugar en el seno de las relaciones comerciales entre los proveedores de productos agrarios (entendiendo por *proveedor* cualquier tipo de persona o grupo de personas, incluidas las organizaciones de productores, las organizaciones de proveedores y las asociaciones de tales organizaciones) y los compradores de productos agrarios (sean personas físicas o jurídicas o un grupo de ellas, así como cualquier autoridad pública en la Unión).

En este tipo de relaciones comerciales se viene apreciando la existencia de un notable incremento del poder de negociación de los distribuidores frente a sus proveedores debido a distintas causas, como el aumento de la concentración y el fuerte desarrollo de la marca del distribuidor. Así constaba ya, en el caso español, en el «Informe sobre las

relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario español» elaborado en el 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia y así se reitera en los distintos documentos elaborados durante el proceso de aprobación de la directiva, como por ejemplo, el «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa», donde se destacan los grandes desequilibrios en la cadena de suministro alimentario, «ya que los oligopolios disponen de una fuerza de negociación frente a sus socios comerciales, que están mucho más fragmentados».

Se explica, así, que la directiva tome como punto de referencia las relaciones comerciales en las que exista esa diferencia de poder de negociación, diferencia que se va a traducir en una dependencia económica del proveedor frente al distribuidor. Ello queda meridianamente claro en el considerando número 9 de la directiva cuando se afirma que «el número y el tamaño de los agentes varían en las distintas etapas de la cadena de suministro agrícola y alimentario. 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».

2.2. La objetivación de las situaciones de dependencia

Sucede, no obstante, que la directiva objetiva la existencia de dicha situación de dependencia económica fijando una serie de parámetros objetivos (volumen de negocios) que permitirán deducir una asimetría en el poder de negociación y la dependencia económica. Por lo tanto, la directiva sólo regula las conductas que tengan lugar en las relaciones entre empresas que entren en dichos parámetros.

Se fijan, así, distintos supuestos o escalones, partiendo siempre de que el proveedor tiene un volumen de negocios inferior al del comprador:

- a) venta de un proveedor que tenga un volumen de negocios anual de menos de 2 000 000 euros a un comprador que tenga un volumen de negocios anual de más de 2 000 000 euros;
- b) venta de un proveedor que tenga un volumen de negocios anual de más de 2 000 000 y menos de 10 000 000 euros a un comprador que tenga un volumen de negocios anual de más de 10 000 000 euros;
- c) venta de un proveedor que tenga un volumen de negocios anual de más de 10 000 000 euros y menos de 50 000 000 euros a un comprador que tenga un volumen de negocios anual de más de 50 000 000 euros;

- d) venta de un proveedor que tenga un volumen de negocios anual de más de 50 000 000 euros y menos de 150 000 000 euros a un comprador que tenga un volumen de negocios anual de más de 150 000 000 euros;
- e) venta de un proveedor que tenga un volumen de negocios anual de más de 150 000 000 euros y menos de 350 000 000 euros a un comprador que tenga un volumen de negocios anual de más de 350 000 000 euros.

Procediendo de este modo, la directiva omite el requisito —exigido por ejemplo en el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal— de que el empresario dependiente no tenga alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Encajando el proveedor y el comprador en alguno de los referidos tramos, resultará de aplicación la normativa de la directiva, de modo que la realización de alguna de las prácticas que tipifica la directiva comportará la existencia de una práctica desleal.

Ciertamente, esto evita caer en los debates sobre el concepto de ‘dependencia económica’ presentes en la doctrina y en la jurisprudencia española. Recuérdese que en la doctrina se ha entendido, de mayor a menor exigencia, la *ausencia de alternativa equivalente* como aquella situación en la que, sin esa relación: a) el otro empresario no puede permanecer en el mercado; b) se vería seriamente afectada la capacidad competitiva del empresario dependiente, o c) la capacidad competitiva se vería «afectada», sin exigir que lo fuera «seriamente». En cambio, los tribunales, más que efectuar consideraciones generales o teóricas al respecto, tienen en cuenta determinados factores o elementos para fundamentar la existencia o no de una alternativa equivalente y, en consecuencia, de una situación de dependencia económica.

2.3. Las prácticas desleales

- a) Las prácticas que conforman la denominada *lista negra*

La directiva establece nueve prácticas comerciales que declara desleales en todo caso y que, por lo tanto, si son llevadas a cabo por compradores frente a proveedores, encajando unos y otros en algunos de los tramos o escalas definidos, los Estados miembros deben considerar siempre desleales. Por tal razón se las conoce habitualmente como las *prácticas incluidas en la lista negra*. Son conductas realizadas en todo caso por el comprador e implican un abuso de su posición económica frente al proveedor o, lo que es lo mismo, un abuso de la situación de dependencia económica del proveedor.

Las prácticas desleales aparecen delimitadas con gran detalle y están sujetas a numerosos requisitos. Y, aunque en este momento no procede analizar detenidamente cada una de ellas, sí pueden sintetizarse del siguiente modo:

G A _ P

- 1.º) la realización de pagos atrasados, entendiéndose por tales los realizados más de sesenta días después de lo previsto o de treinta días para los productos perecederos;
 - 2.º) la cancelación por el comprador de un pedido en un plazo tan breve que el proveedor no puede razonablemente esperar encontrar una alternativa para comercializar o utilizar esos productos (una notificación inferior a treinta días se considerará siempre un plazo demasiado breve);
 - 3.º) la modificación unilateral por parte del comprador del contrato de suministro de productos (en aspectos como frecuencia, método, lugar, calendario o volumen del suministro o la entrega de los productos agrícolas y alimentarios, las normas de calidad, las condiciones de pago o los precios);
 - 4.º) el requerimiento de pagos del proveedor que no estén relacionados con el producto;
 - 5.º) la exigencia al proveedor de pagos por el deterioro o la pérdida de un producto una vez que éste haya pasado a ser propiedad del comprador, sin que dicho deterioro o pérdida se deba a negligencia o culpa del proveedor;
 - 6.º) la negativa a confirmar por escrito los términos de un contrato de suministro, existiendo una petición al respecto del proveedor;
 - 7.º) la adquisición, utilización o divulgación de los secretos comerciales del proveedor;
 - 8.º) la realización —o la amenaza— de actos de represalia comercial contra el proveedor cuando éste ejerza sus derechos contractuales o legales, incluidos la presentación de una denuncia o la cooperación con las autoridades durante una investigación;
 - 9.º) la exigencia de una compensación al proveedor por los gastos derivados de estudiar las reclamaciones de los clientes relativas a la venta de los productos del proveedor, aun cuando no haya ni negligencia ni culpa por parte del proveedor.
- b) Las prácticas que conforman la denominada *lista gris*

Junto a este listado de prácticas desleales de la lista negra existen otras prácticas de los compradores que se consideran desleales, pero que pueden ser lícitas si se han acordado previamente de manera clara y sin ambigüedad en el contrato de

suministro o en cualquier contrato posterior entre el proveedor y el comprador. Se habla, por ello, de *lista gris*.

Se trata de los siguientes actos:

- 1) la devolución al proveedor o la eliminación de los productos que el comprador no haya conseguido vender a terceros (sin tener que pagar por esos productos no vendidos);
- 2) el cobro a un proveedor como condición por el almacenamiento, la exposición o la inclusión en una lista de precios de sus productos agrícolas y alimentarios, o su puesta a disposición en el mercado;
- 3) la exigencia de que el proveedor pague los costes promocionales del comprador, esto es, que el comprador exija al proveedor que asuma total o parcialmente el coste de aquellos descuentos de los productos agrícolas y alimentarios vendidos por el comprador como parte de una promoción;
- 4) que el comprador exija al proveedor que pague por la publicidad de productos agrícolas y alimentarios realizada por el comprador;
- 5) que el comprador exija al proveedor que pague por la comercialización por parte del comprador de productos agrícolas y alimentarios;
- 6) que el comprador cobre al proveedor por el personal de acondicionamiento de los locales utilizados para la venta de los productos del proveedor.

2.4. *Ámbito geográfico: tutela de los proveedores de la Unión Europea y de terceros Estados*

La directiva pretende proteger a los proveedores de productos agrícolas o alimentarios. Y parece claro que los principales destinatarios de la protección han de ser los proveedores de la Unión Europea, pero es importante tener presente que también se tutela a los proveedores de terceros Estados cuando venden a compradores de la Unión. No en vano, es un hecho notorio que cientos de miles de agricultores y productores de esos terceros Estados que tienen en la Unión su principal mercado dependen de los compradores de la Unión. Por tal motivo, la directiva «se aplicará a las ventas entre un proveedor y un comprador cuando uno de los dos, o ambos, estén establecidos en la Unión» (art. 1.2).

3. **Las autoridades de ejecución**

La directiva tiene carácter de mínimos, por lo que los Estados miembros podrán mantener o introducir normas más estrictas que las previstas en la directiva para combatir las prácticas

comerciales desleales siempre que dichas normas nacionales sean compatibles con las normas sobre el funcionamiento del mercado interior (art. 9). Pero, en todo caso, los Estados respetarán el nivel de protección fijado por la directiva y, además, los Estados deben considerar las normas represoras de estas prácticas desleales como «leyes de policía» (esto es, de orden público), aplicables cualquiera que sea la normativa que rijan el contrato de suministro entre las partes (tal como dispone el artículo 3.4 de la directiva).

Por lo demás, los Estados miembros deben designar una o más autoridades de ejecución a fin de garantizar el cumplimiento efectivo de las prohibiciones establecidas en la directiva. Dichas autoridades deben poder actuar por propia iniciativa o en virtud de denuncias formuladas por las partes afectadas por las prácticas comerciales desleales por denunciante interno o por denunciante anónimo. Estas autoridades podrán, entre otras facultades, imponer multas y otras sanciones eficaces.

La directiva no se refiere expresamente a la naturaleza de estas autoridades, pero de la regulación se deriva que se trata de autoridades administrativas, pues las judiciales, salvo las penales, no tienen competencia para «iniciar y llevar a cabo investigaciones por propia iniciativa», que es una de las facultades de las que deben gozar las autoridades de ejecución previstas en la directiva.

4. Impacto en el Derecho español

4.1. Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar, el 1 de mayo del 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la directiva. Y aplicarán dichas disposiciones, a más tardar, el 1 de noviembre del 2021.

Pues bien, a la hora de incorporar la directiva, el legislador español puede optar por una transposición de mínimos o por una incorporación más amplia.

4.2. La incorporación de mínimos implicaría recoger los actos desleales y reprimirlos por medio de las autoridades administrativas, como prevé la directiva. Ello podría tener lugar por medio de la modificación de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

Recuérdese que en dicha ley se recogen distintas prácticas comerciales abusivas [modificaciones unilaterales y pagos comerciales no previstos (art. 12), suministro de información comercial sensible (art. 13) y actos abusivos de gestión de marcas (art. 14)] que coinciden en parte con las prácticas comerciales desleales enunciadas en la directiva. Y, según el artículo 23 de la Ley 12/2013, la realización de estas prácticas se considera infracción en materia de contratación alimentaria, dando lugar a la imposición de multas por parte del Ministerio de Agricultura o de la correspondiente comunidad autónoma que pueden

elevarse hasta los tres mil euros en el caso de las infracciones leves y hasta el millón de euros en el caso de las infracciones muy graves.

- 4.3. No obstante, y dado que la directiva no impide que los Estados miembros den una protección más amplia, en mi opinión, lo más recomendable sería que la incorporación de la directiva tuviese lugar en la Ley de Competencia Desleal. De este modo, se daría una mayor coherencia al sistema, pues las prácticas recogidas en la directiva son conductas de competencia desleal. Además, la realización de dichas prácticas quedaría sujeta expresamente al ejercicio de las acciones civiles por competencia desleal recogidas en la Ley de Competencia Desleal.

A la hora de efectuar esta incorporación, el legislador español puede optar por incluir la regulación como un desarrollo del acto de abuso de la dependencia económica disponiendo que se entenderá que existe dependencia económica cuando concurren los requisitos establecidos en la directiva, y abuso de dicha dependencia cuando se lleven a cabo las prácticas enumeradas en la directiva. Pero también sería posible la introducción de uno o varios artículos específicos desligados formalmente del actual artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal (aunque, como se ha dicho, la regulación se refiere claramente a actos de abuso de la dependencia económica).

Ahora bien, para dar cumplimiento a las exigencias de la directiva de que las prácticas desleales sean sancionadas por una autoridad administrativa, la Ley 12/2013, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, tendría que incluir entre las conductas sancionables las nuevas conductas tipificadas en la Ley de Competencia Desleal.

Se trataría, de este modo, de establecer una solución similar a la que rige en materia de prácticas comerciales desleales con los consumidores, cuya realización permite el ejercicio de las acciones judiciales civiles y la sanción por las autoridades administrativas de defensa de los consumidores (de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios).

- 4.4. Si se optara por incorporar la directiva únicamente en la Ley 12/2013, cabría igualmente pensar en el ejercicio de las acciones civiles por la realización de las conductas recogidas en la directiva, encajándolas en los actos desleales de abuso de la dependencia económica. Pero eso podría generar algunas dificultades, dado que el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal exige que la empresa económicamente dependiente carezca de alternativa equivalente, un requisito que no exige la directiva. Y ése es el mismo escollo que puede presentar la invocación del mencionado artículo 16 contra las conductas recogidas en la directiva mientras ésta no se transpone.