

CUESTIONES CLAVE DE LA REFORMA DE 2021 DE LA LEY DE MEDIDAS PARA MEJORAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA ALIMENTARIA

Teresa Paz-Ares y Borja Sainz de Aja

Abogados del Área de Mercantil y de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, respectivamente, de Uría Menéndez (Madrid)

Cuestiones clave de la reforma de 2021 de la Ley de Medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria

La reciente reforma de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria viene motivada, en buena medida, para trasponer 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. Esta Directiva se dicta con la finalidad de acabar con dichas prácticas desleales que generan muchos de los desequilibrios actualmente existentes en la cadena alimentaria. Se trata de una Directiva de mínimos, que deja gran margen de maniobra a los Estados miembros en su incorporación al derecho nacional, margen del que el legislador español ha hecho uso para mitigar las dificultades a las que se enfrenta este sector económico y social, regulando algunas cuestiones que la Ley 12/2013 había dejado sin resolver.

PALABRAS CLAVE:

CADENA ALIMENTARIA, OPERADORES DE LA CADENA ALIMENTARIA, PRODUCTOS ALIMENTARIOS Y AGRÍCOLAS, CONTRATO ALIMENTARIO, COSTE EFECTIVO DE PRODUCCIÓN, PRÁCTICAS COMERCIALES ABUSIVAS, PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES.

Key points of the 2021 reform of the Law on measures to improve the functioning of the food supply chain

The recent reform of Law 12/2013, of August 2, on measures to improve the functioning of the food chain is motivated, to a large extent, to implement Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council, of April 17, 2019, on unfair business practices in business-to-business relationships in the agricultural

and food supply chain. This Directive is issued to put an end to these unfair practices that generate many of the imbalances currently existing in the food chain. It is a minimum harmonization Directive, which leaves great room for manoeuvre to the Member States when implementing it into national law, a margin of which the Spanish legislator has made use to mitigate the difficulties faced by this economic and social sector, regulating some issues that Law 12/2013 had left unresolved.

KEYWORDS:

FOOD CHAIN, FOOD CHAIN OPERATORS, AGRICULTURAL AND FOOD PRODUCTS, FOOD PRODUCTS AGREEMENT, PRODUCTION EFFECTIVE COST, ABUSIVE BUSINESS PRACTICES, UNFAIR BUSINESS PRACTICES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-4-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-4-2022

Paz-Ares, Teresa; Sainz de Aja Tirapu, Borja (2022). Cuestiones clave de la reforma de 2021 de la Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 58, pp. 48-69 (ISSN: 1578-956X).

Hace ocho años publicábamos un artículo en esta misma revista¹ sobre las cuestiones clave de la entonces recién vigente ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (Ley 12/2013, de 2 de agosto, en vigor desde el 3 de enero de 2014; "LMFCA"). Si bien uno puede pensar que han transcurrido muchos años —pandemia incluida—, lo cierto es que en el ciclo vital de una ley no son tantos. Sin embargo, esta ley ha sido merecedora de no pocas modificaciones antes de cumplir su primera década. Hasta nueve leyes² han introducido reformas, siendo las más relevantes las dos últimas, aprobadas en 2020 y 2021.

En 2020, se introdujeron una serie de reformas mediante el Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación ("RDL 5/2020"), que vienen a completarse (y pulirse) con la reciente Ley 16/2021, de 14 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria ("Ley 16/2021"), cuyo análisis es objeto del presente artículo. A continuación, la LMFCFA, tal y como ha sido sucesivamente reformada, será referida como la LMFCFA o la nueva LMFCFA.

La reciente reforma de la LMFCFA viene motivada, *in primis*, para trasponer la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 (la "Directiva"), relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. Esta Directiva se dicta con la finalidad de acabar con determinadas prácticas que generan muchos de los desequilibrios actualmente existentes en la cadena alimentaria y agrícola. Se trata de una Directiva de mínimos, que deja gran margen de maniobra a los Estados

1 Teresa PAZ-ARES y Antonio MONTORO (2014). Cuestiones clave de la Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 36, pp. 97-104.

2 Las siguientes nueve leyes han modificado la LMFCFA: Ley 12/2014, de 9 de julio; Ley 6/2015, de 12 de mayo; Ley 28/2015, de 30 de julio; Real Decreto 861/2018, de 13 de julio; Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre; Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero; Ley 8/2020, de 16 de diciembre; Ley 16/2021, de 14 de diciembre de 2021 (Ref. BOE-A-2021-20630); y Ley 16/2021, de 14 de diciembre.

miembros en su incorporación al derecho nacional³, margen del que el legislador español —como veremos— ha hecho uso con el fin declarado de mitigar las dificultades a las que se enfrenta este sector económico y social.

El sector agroalimentario en España se revela absolutamente estratégico, tanto desde el punto de vista económico como social, pero a la vez se revela profundamente vulnerable (pensemos en la heterogeneidad de agentes, atomización de operadores, constante incremento de costes insumos, volatilidad de precios de materias primas, etc.) y, por lo tanto, es mercedor de una regulación sectorial que asegure la sostenibilidad del sector y la adecuada simetría en las relaciones comerciales de los distintos actores comerciales. De ahí las sucesivas reformas de 2020 y 2021. En particular, en la reciente reforma de la LMFCA, el legislador español, en su empeño decidido por impulsar el reequilibrio de la cadena agroalimentaria española, ha optado por adoptar medidas adicionales al núcleo mínimo de protección derivado de la Directiva destinadas a combatir las prácticas comerciales desleales.

A continuación nos proponemos ofrecer un breve comentario de los aspectos claves de la reforma de la LMFCA, incidiendo en las cuestiones de carácter práctico que habrán de ser tenidas en cuenta por los operadores de la cadena agroalimentaria, que —como veremos a continuación— bajo su nueva definición abarca a muchas empresas cuyas actividades hasta ahora no se veían afectadas por esta norma (apartado 1). Además, explicaremos cómo el grado de intervención en las relaciones comerciales se intensifica, tanto por lo que se refiere a la formalización del contrato alimentario (apartado 2) como al nuevo repertorio de prácticas abusivas (apartado 3). Incidiremos asimismo sobre las nuevas medidas encaminadas a reforzar el régimen sancionador (apartado 4) y las mejoras procedimentales (apartado 5). Finalmente, a modo recapitulatorio, incluimos un breve cuadro-resumen de las anteriores medidas (apartado 6).

1. Ámbito de aplicación

La mejora del funcionamiento de la cadena alimentaria es una cuestión absolutamente determinante que, a nuestro modo de ver, no ha tenido el eco que merece. Fruto de la reforma, se amplía el ámbito de aplicación de la LMFCA en una triple dimensión con el evidente propósito de que la generalidad de las transacciones llevadas a cabo en torno a productos alimentarios y agrícolas en nuestro país quede sujeta a la ley:

A. Dimensión subjetiva

- i. Ahora se aplican todas las disposiciones de la LMFCA a todos los operadores de la cadena alimentaria, independientemente de su volumen de facturación. Anteriormente, la aplicación del régimen de los contratos alimentarios, que constituye uno de los

3 El art. 9 de la Directiva establece que “1. Con el fin de garantizar un nivel de protección más elevado, los Estados miembros podrán mantener o introducir normas más estrictas que las previstas en la presente Directiva para combatir las prácticas comerciales desleales, siempre que dichas normas nacionales sean compatibles con las normas sobre el funcionamiento del mercado interior. 2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las normas nacionales destinadas a combatir las prácticas comerciales desleales que no estén dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, siempre que dichas normas sean compatibles con las normas sobre el funcionamiento del mercado interior”.

pilares de la norma, estaba reservada a relaciones comerciales de operadores que se encontraran en situación de desequilibrio (por ejemplo, cuando uno de ellos era una pyme o se encontraba en situación de dependencia económica).

Así, la intervención regulatoria se extiende a situaciones en las que no necesariamente existe una situación de desigualdad (e. g., una operación comercial entre un gran fabricante y una gran cadena distribuidora), incidiendo en la libertad comercial de los propios operadores⁴.

- ii. También se aplican las disposiciones de la LMFCA a las empresas de hostelería y de alojamiento —que hasta ahora quedaban fuera de su ámbito de aplicación—, siempre y cuando tengan una facturación superior a 10 y 50 millones, respectivamente. Las empresas de transporte se mantienen al margen.
- iii. Por último, las agrupaciones y centrales de compra y venta siguen sujetas a la LMFCA, mientras que esta ley no se aplica a las relaciones comerciales con consumidores finales. En estos puntos no ha habido cambios.

B. Dimensión objetiva⁵

- i. Se incorpora una nueva definición: la de “productos alimentarios y agrícolas”. Hasta la reciente reforma, la LMFCA se aplicaba a “alimentos y productos alimenticios”, y se consideraban como tales los que están destinados a ser ingeridos por seres humanos (o con probabilidad de serlo). Ahora, bajo el concepto más amplio de productos alimentarios y agrícolas, se incluyen también los enumerados en el Anexo I del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁶ (TFUE), que comprende otros productos no destinados necesariamente a ser ingeridos solo por seres humanos, sino también por animales⁷, e incluso productos que no están destinados a ser ingeridos en absoluto⁸, como es el caso de los productos de floricultura, el lino, el cáñamo o el tabaco en rama. Así, las plantas y flores, por ejemplo, quedan ahora bajo el ámbito de la LMFCA.

4 La Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), en el informe sobre el anteproyecto de ley por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (IPN/CNMC/015/20), ponía el acento sobre esta cuestión y recomendaba un replanteamiento al respecto o reforzar la justificación realizada, recomendaciones que no parecen haber sido del todo tenidas en cuenta.

5 Adicionalmente, recordemos que las operaciones que se realicen entre operadores de la cadena alimentaria en los procesos de envasado, transformación o acopio para su posterior comercialización y, en todo caso, las compras de animales vivos, los piensos y todas las materias primas e ingredientes utilizados para alimentación animal siguen sujetas a la LMFCA ex art. 2.3 LMFCA.

6 El artículo 39 TFUE establece que “*Por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquéllos*”. En particular, se remite al Anexo 1 para indicar que a dichos productos (agrícolas) les será de aplicación la política agrícola común.

7 El capítulo 23 del Anexo 1 se refiere a “*los alimentos preparados para animales*”. En realidad, la inclusión de alimentos preparados para animales resultaría en cierto modo redundante, ya que el art. 2.3 LMFCA (que reproduce el art. 2.2 de la LMFCA original) se refiere a “*las compras de animales vivos, los piensos y todas las materias primas e ingredientes utilizados para alimentación animal*”.

8 El capítulo 6 del Anexo 1 incluye las “*plantas vivas y productos de la floricultura*”; el capítulo 45, el “*tabaco en rama o sin elaborar; desperdicios de tabaco*”; el capítulo 24, el “*corcho natural en bruto y desperdicios de corcho; corcho triturado, granulado o pulverizado*”; el capítulo 54, el “*lino en bruto (mies de lino), enriado, espadado, rastrillado (peinado) o trabajado de otra forma, pero sin hilar; estopas y desperdicios de lino (incluidas las hilachas)*”; y el capítulo 57, el “*cáñamo (Cannabis sativa) en rama, enriado, espadado, rastrillado (peinado) o trabajado de otra forma, pero sin hilar; estopas y desperdicios de cáñamo (incluidas las hilachas)*”.

A nuestro entender, ninguna conclusión debe extraerse de la utilización indistinta de “productos alimentarios” y “productos alimentarios y agrícolas” a lo largo de la LMFCA, más allá de la pobre técnica legislativa utilizada en la redacción. Una interpretación sistemática del articulado de la LMFCA (y de la propia definición de contrato alimentario⁹) no permite concluir que el ámbito objetivo del articulado que se refiere a “productos alimentarios” excluya los mencionados productos agrícolas, sino que se trata de un despiste del legislador.

- ii. Se excluyen las entregas de productos de los socios a las cooperativas si vienen estatutariamente obligados a ello, dado que no se consideran “relaciones comerciales”. Esta cuestión no es baladí, pues excluye las disposiciones sobre control de precios a que haremos referencia en el apartado 2(A).
- iii. La obligación de formalizar contratos alimentarios se aplica únicamente a las transacciones cuyo importe exceda del límite permitido para el pago en efectivo (1000 € actualmente¹⁰). Anteriormente, el límite era de 2500 €.

C. Dimensión territorial

- i. La LMFCA resulta aplicable cuando uno de los operadores de la cadena alimentaria esté establecido en España y el otro en un Estado miembro de la UE, salvo que resulte de aplicación la ley de ese Estado miembro, a cuyos efectos la LMFCA exige que se especifique la ley aplicable¹¹. No nos sorprenda que, a partir de ahora, precisamente para evitar la aplicación del régimen de prohibiciones y sanciones de la LMFCA, muchos contratos alimentarios entre operadores establecidos en España y en otro Estado miembro de la UE queden expresamente sujetos a una ley distinta de la española.
- ii. Aunque uno de los operadores esté establecido fuera de la UE y se haya pactado la sumisión a una Ley distinta de la española, las prohibiciones contenidas en la LMFCA y su régimen sancionador se considerarán normas internacionalmente imperativas. Otra cosa serán las dificultades aplicativas cuando el operador infractor no esté establecido ni tenga bienes en España.

⁹ “Aquel en el que una de las partes se obliga frente a la otra a la venta de productos agrícolas o alimentarios, y esta se obliga por un precio cierto, bien se trate de una compraventa o de un suministro de forma continuada” (artículo 5.f LMFCA).

¹⁰ Según lo previsto en el artículo 7.1 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude (en su actual redacción dada por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego), “no podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 1.000 euros o su contravalor en moneda extranjera”.

¹¹ Artículo 2.1.III de la LMFCA: “Cuando uno de los operadores esté establecido en España y el otro no, deberá indicarse expresamente en el contrato a qué legislación se sujeta la relación comercial”.

2. El contrato alimentario

El capítulo I del título II se dedica íntegramente a regular el régimen de los contratos alimentarios, extendiéndolo ampliamente y, señaladamente, a su negociación, conservación y registro.

Este régimen tan intervencionista no es únicamente reflejo de la finalidad básica de la LMFCA de fomentar el equilibrio en las relaciones comerciales de los operadores de la cadena alimentaria desincentivando la comisión de conductas abusivas, sino que también responde a la pretensión de conseguir una mayor transparencia como palanca para aflorar la economía sumergida¹².

El punto de partida y piedra angular del régimen de los contratos alimentarios es la exigencia de la formalización por escrito de estos contratos, que ya estaba presente en la LMFCA original y que ahora prevé expresamente la firma de los contratantes, ya sea manual o electrónica. Sin perjuicio de las consecuencias en el ámbito administrativo¹³ en caso de falta de formalización escrita, se mantiene el criterio de que el requisito de forma escrita no lo es de existencia y validez del contrato.

Las novedades más señaladas son:

- A. **Contenido mínimo:** Por un lado, y sin perjuicio de que se incorporan nuevos contenidos mínimos, tales como su objeto, duración, penalizaciones, excepciones por causa mayor, legislación aplicable o conciliación y resolución de conflictos, lo más relevante son las aclaraciones y modificaciones introducidas en relación con el precio del contrato alimentario. Se mantiene el concepto de coste efectivo de producción introducido por el RDL 5/2020 y la indicación expresa de que el precio mínimo a percibir por el productor primario debe cubrir dicho coste. Así, se persevera en que el coste efectivo de producción (i. e., coste de producción o total de costes asumidos por el proveedor¹⁴) sea la base de la negociación del precio de los contratos alimentarios.

El coste efectivo de producción se define ahora con mayor amplitud¹⁵, por ejemplo, incluyendo la mano de obra asalariada o aportada por el propio productor o miembros de la

12 Objetivo expresamente declarado en la exposición de motivos de la Ley 16/2021.

13 Como veremos más adelante (apartado 4(A)), la ausencia de formalización por escrito de los contratos alimentarios, a tenor de la reforma operada por el RDL 5/2020, ha pasado de constituir una infracción leve a una grave en materia de contratación alimentaria.

14 Según definición introducida por el nuevo apartado o) del art. 5 LMFCA.

15 Para mayor detalle, a continuación se reproducen literalmente las sucesivas versiones del art. 9 c) LMFCA en sus versiones dadas por el RDL 5/2020 y la Ley 16/2021 para dar cuenta de la mayor amplitud de la definición de los costes efectivos de producción:

– RDL 5/2020: “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”.

familia, así como las amortizaciones, intereses de los préstamos y productos financieros, si bien, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto la CNMC, no con suficiente precisión¹⁶.

Asimismo, de acuerdo con la nueva redacción de la LMFCA, la determinación del coste efectivo habrá de realizarse tomando como referencia el conjunto de la producción comercializada para la totalidad o parte del ciclo económico o productivo.

Buena prueba de la decidida voluntad del legislador de que se respete el principio de que el precio sea en cualquier caso superior al coste efectivo de producción es la sanción de nulidad de las cláusulas de los contratos que incumplan lo dispuesto por la LMFCA respecto a la determinación del precio¹⁷.

- B. **Negociaciones:** Por otro lado —y ya veremos su virtualidad práctica—, se regulan por primera vez las negociaciones comerciales de los contratos anuales¹⁸, exigiendo la aplicación de plazos razonables, no superior a tres meses. En caso de renovación, las nuevas condiciones se negociarán antes o después del vencimiento, en un plazo máximo de dos meses, durante el cual seguirá vigente el contrato anterior.

Merece la pena mencionar la confusión generada por la disposición transitoria única de la Ley 16/2021 al establecer que los contratos preexistentes, incluidas prórrogas y novaciones, mantendrán su validez, si bien tendrán que adaptarse antes del 1 de mayo de 2022. Este periodo de adaptación solo se aplica a los contratos (sin perjuicio de que se trate de contratos prorrogados o renovados) vigentes a 16 de diciembre de 2021. Si se trata de contratos con vencimiento posterior —por ejemplo, a 31 de diciembre, lo cual es muy típico en el sector—, tendemos a pensar que a su renovación se le aplicaría la nueva LMFCA y, por tanto, su renovación debería tener lugar dentro de los dos meses siguientes, adecuando ya su contenido a lo prescrito en la LMFCA reformada.

– Ley 16/2021: “c) Precio del contrato alimentario, con expresa indicación de todos los pagos, incluidos los descuentos aplicables, que se determinará en cuantía fija y/o variable, en función únicamente de factores objetivos, verificables, no manipulables y expresamente establecidos en el contrato, que en ningún caso puedan ser manipulables por el propio operador u otros operadores del sector o hacer referencia a precios participados.

El precio del contrato alimentario que tenga que percibir un productor primario o una agrupación de estos deberá ser, en todo caso, superior al total de costes asumidos por el productor o coste efectivo de producción, que incluirá todos los costes asumidos para desarrollar su actividad, entre otros, el coste de semillas y plantas de vivero, fertilizantes, fitosanitarios, pesticidas, combustibles y energía, maquinaria, reparaciones, costes de riego, alimentos para los animales, gastos veterinarios, amortizaciones, intereses de los préstamos y productos financieros, trabajos contratados y mano de obra asalariada o aportada por el propio productor o por miembros de su unidad familiar.

La determinación del coste efectivo habrá de realizarse tomando como referencia el conjunto de la producción comercializada para la totalidad o parte del ciclo económico o productivo, que se imputará en la forma en que el proveedor considere que mejor se ajusta a la calidad y características de los productos objeto de cada contrato”.

16 La CNMC señala en su informe (IPN/CNMC/015/20) que el concepto de costes de producción no se define con precisión porque la norma “no aclara si se deben computar los costes variables, totales, de corto plazo, de largo plazo, contables o de oportunidad, o cómo realizar la imputación de los costes comunes de cada operador al objeto de cada contrato”.

17 *A sensu contrario*, debemos entender que el incumplimiento de otros preceptos de la LMFCA no conlleva la nulidad, sino que sus consecuencias se limitan al ámbito administrativo. Cuestión distinta es que una conducta infrinja la LMFCA y, al mismo tiempo, sea susceptible de constituir una conducta desleal impugnable al amparo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“LCD”).

18 Sorprende que se restrinja la aplicación de estas previsiones a las negociaciones comerciales anuales, que, si bien son las más frecuentes, pudieran referirse a contratos de una duración distinta.

- C. **Conservación:** Se amplía de dos a cuatro años el plazo mínimo de conservación de la correspondencia, documentación y justificantes de los contratos alimentarios.
- D. **Inscripción:** Finalmente, se prevé la creación de un registro digital de contratos alimentarios (dependiente del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación) en el que obligatoriamente deberán inscribirse —por medios electrónicos— los contratos que se suscriban con los productores primarios y las agrupaciones de estos, así como sus modificaciones. La obligación de inscribir recae sobre el comprador. Es de esperar, pues, que el foco aplicativo del regulador se centre, al menos en primera instancia, en este concreto eslabón de la cadena.

La anterior obligación de inscripción de contratos alimentarios entrará en vigor únicamente cuando el registro esté plenamente operativo¹⁹. El Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación queda habilitado para dictar las disposiciones precisas para la puesta en marcha de dicho registro.

3. Prácticas comerciales abusivas

3.1. Consideraciones introductorias

Hasta ahora hemos hecho referencia, principalmente, a cuestiones que quedan extramuros de la Directiva. En el presente apartado, analizaremos la transposición del régimen de prácticas comerciales desleales en la cadena alimentaria que se contiene en aquella y mencionaremos también algunas modificaciones introducidas por el legislador nacional en la regulación preexistente de las llamadas “prácticas comerciales abusivas”.

Comenzamos el análisis con algunas consideraciones introductorias:

- A. Como acabamos de adelantar, la Ley 16/2021 no solo transpone las prácticas comerciales desleales contenidas en la Directiva. Además, introduce una serie de modificaciones en las denominadas “prácticas comerciales abusivas” del capítulo II del título II de la LMFCA. Estas “prácticas comerciales abusivas”, como categoría, fueron introducidas ya en el texto original de la LMFCA, si bien fueron posteriormente ampliadas por las sucesivas reformas. Las “prácticas comerciales abusivas” serían, a decir del texto normativo, el género (pues no en vano son rúbrica del citado capítulo de la LMFCA), mientras que las “prácticas comerciales desleales” de la Directiva, confinadas en uno de los varios artículos de ese capítulo (el 14bis), serían la especie. A nuestro modo de ver, tal distinción no tiene sentido, como tampoco es laudable la decisión de mantener dos denominaciones. En primer lugar, porque en el ordenamiento jurídico español las prácticas y cláusulas abusivas designan eminentemente aquellas que, en las relaciones entre empresarios y consumidores, ocasionan un desequilibrio no consentido por el consumidor. Por consiguiente, emplear el término

¹⁹ Disposición final octava en relación con la disposición final sexta de la Ley 16/2021.

de “abusiva” para designar, *ex lege*, una práctica entre empresarios solo contribuye a desdibujar una institución jurídica bien trabada. En segundo lugar, porque el legislador debería haber usado, para todas las prácticas reguladas en el capítulo II, la denominación única de “prácticas comerciales desleales”, no solo por ser la elegida por la Directiva (y, por tanto, la deseable desde la óptica de una armonización en la Unión), sino también porque, desde la LCD, la deslealtad designa el concepto jurídico indeterminado que condensa el reproche de ilicitud de las conductas anticoncurrenciales (B2C o B2B). La coexistencia de prácticas “abusivas” y “desleales” obedece, pues, a un defecto de técnica legislativa y no equivale, en modo alguno, a la existencia de dos categorías de prácticas distintas.

- B. En lo que se refiere en particular a la Directiva, conviene empezar recordando que su objetivo legislativo es *“luchar contra las prácticas que se apartan manifiestamente de las buenas conductas comerciales, son contrarias a la buena fe y a la lealtad comercial y se imponen unilateralmente por una de las partes a la otra”* en el ámbito de la cadena alimentaria²⁰. Este objetivo cristaliza en el artículo 3 de la Directiva mediante una lista de prácticas prohibidas por desleales en el ámbito de la cadena alimentaria. Su transposición ha dado lugar en España al artículo 14 bis de la LMFA.
- C. La Directiva hace pivotar la deslealtad en el desequilibrio existente entre operadores (y, sobre todo, del proveedor respecto del comprador) que permite imponer unilateralmente esas prácticas²¹. En ello reside el reproche de deslealtad: ser prácticas aceptadas no por ser eficientes desde el punto de vista concurrencial, sino como un mal inevitable. En particular, el legislador comunitario identifica parte de ese desequilibrio en el distinto tamaño de los operadores involucrados. Por ello, el artículo 1.2 de la Directiva establece que solo se aplicará a las relaciones en las que exista ese desequilibrio concretado en una diferencia entre el volumen de negocios anual de cada una de las partes de la relación comercial correspondiente. Y ello con independencia de que el desbalance sea también en parte estructural, como ocurre en las transacciones que tienen por objeto productos perecederos.

El legislador español ha optado por no seguir el desequilibrio cuantitativo como criterio de eficacia de la normativa. De este modo, el artículo 14 bis de la LMFA resulta de aplicación a las prácticas que enumera con independencia del volumen de facturación de las partes implicadas. Ello facilita considerablemente la tarea aplicativa de la norma, pero puede conducir a resultados excesivos e ilógicos que los operadores jurídicos estarán llamados a corregir. Especialmente, ocurrirá en aquellos supuestos en los que, además de no haber un desequilibrio cuantitativo entre las partes (por ejemplo, empresarios de similar tamaño), tampoco concurra un riesgo consustancial a la operación (porque no se trate de una práctica que afecte a un proveedor de productos perecederos, por ejemplo). En esos casos puede, en efecto, que se traten simples incumplimientos contractuales como ilícitos concurrenciales y administrativos, lo que no parece justificado.

20 Vid. artículo 1.1 de la Directiva.

21 Vid. considerando (1) de la Directiva: *“En el marco de la cadena de suministro agrícola y alimentario, se producen con frecuencia desequilibrios importantes en cuanto a poder de negociación entre proveedores y compradores de productos agrícolas y alimentarios. Estos desequilibrios en el poder de negociación es probable que conduzcan a prácticas comerciales desleales, si los socios comerciales de mayor tamaño y poder tratan de imponer determinadas prácticas o disposiciones contractuales que les benefician en relación con una transacción de venta”*.

- D. Más en concreto, el legislador comunitario considera que la dependencia económica es de los proveedores respecto de los compradores, lo que justifica que el sujeto agente de las prácticas comerciales desleales previstas en el artículo 3 de la Directiva sea siempre el “comprador”. El legislador español (en línea con el lenguaje “neutro” que, desde un origen caracterizó a la LMFCA) prefiere emplear, en su artículo 14 bis, la expresión “una de las partes” en lugar de la parte adquirente. Se trata de una decisión consciente del legislador que permite que el sujeto agente de las prácticas desleales previstas en la LMFCA pueda ser tanto el proveedor como el comprador, por más que, hasta la fecha, la práctica sancionadora se ha centrado en los compradores²².
- E. La regulación de las prácticas desleales en la cadena alimentaria tiene la particularidad de recaer sobre un sector especialmente contractualizado o, dicho de otro modo, en el que las relaciones relevantes son objeto de un contrato. Este es un punto diferencial respecto de la normativa general de represión de la competencia desleal que, como es bien sabido, se formó, por decantación jurisprudencial, en torno a la responsabilidad extracontractual, de modo que la inmensa mayoría de las prácticas comerciales desleales, especialmente entre empresarios, discurre entre partes no vinculadas por un negocio jurídico y se concreta en vías de hecho que se reputan contrarias al principio de competencia eficiente (más que al *pacta sunt servanda*). Sin embargo, la existencia de una relación contractual en las prácticas ahora examinadas no cambia la esencia del juicio de desvalor. Se trata de un elemento más del supuesto de hecho, y de nuevo es el desequilibrio (cualitativo o cuantitativo) el criterio determinante de la deslealtad (por más que el legislador español haya prescindido, a nivel aplicativo, del dato cuantitativo de aplicación de la nueva regulación). Se da así una superposición de prácticas desleales (con los remedios propios de la LMFCA y, eventualmente, de la Ley 3/1991 o de la Ley 1/2019) y contractuales (con los remedios propios del derecho de obligaciones).
- F. Si bien no es el elemento determinante, el legislador comunitario (y, de manera refleja, el español) sí ha ponderado el factor contractual en su regulación²³. Y, por lo que ahora interesa, lo ha considerado desde una doble perspectiva:

22 Vid. exposición de motivos de la Ley 16/2021: “Esta es otra de las situaciones en que el legislador nacional ha hecho uso de la opción que le ofrece la directiva, yendo más allá del contenido mínimo de la misma, por cuanto se ha considerado imprescindible apostar por la bidireccionalidad en las conductas. La directiva, consciente de la realidad del sector, parte de la asunción de que el catálogo de actividades reputadas desleales ha de verse desde la perspectiva del vendedor, que suele ser el primer productor, de modo que esta orientación es el elemento mínimo a incorporar en las legislaciones nacionales. Nada obsta, antes al contrario, para extender su aplicación en la otra dirección, esto es, la imposición de tales conductas por parte del vendedor al comprador, puesto que la realidad compleja del sector permite que las circunstancias concretas de cada transacción puedan ser muy variadas —por la estructura productiva, el sector, la localización o las condiciones personales de los intervinientes—. En consecuencia, se considera preferible que la ley ampare la posibilidad de aplicar en ambas direcciones tales conductas, en la conciencia de que su gravedad es idéntica cualquiera que sea el autor material de la misma, y que, con independencia de la prevalencia material en cada caso de la autoría, ambas partes de las relaciones son igualmente merecedoras de amparo por los Poderes públicos en el aseguramiento de una leal y equilibrada relación mercantil”.

23 En este punto, resulta oportuna la cita del considerando (16) de la Directiva: “A la hora de decidir si una práctica comercial dada es desleal, es importante reducir el riesgo de limitar el uso de los acuerdos equitativos y generadores de eficiencia entre las partes. En consecuencia, conviene establecer una diferencia entre las prácticas previstas en términos claros e inequívocos en los contratos de suministro, o en acuerdos posteriores entre las partes, y las prácticas que tienen lugar después de que se haya iniciado la transacción y que no han sido acordadas de antemano, de manera que solo estén prohibidos los cambios unilaterales y con carácter retroactivo de esos términos claros e inequívocos del contrato de suministro. No obstante, algunas prácticas comerciales se consideran desleales de por sí y no deben estar sujetas a la libertad contractual de las partes”.

- i. Para distinguir entre prácticas negras (ilícitas *per se* con independencia de cómo estén reguladas contractualmente por las partes) y grises (aquellas que son lícitas si el contrato las regula con la debida claridad, detalle y garantías).
 - ii. Para definir los supuestos de hecho de las normas (por ejemplo, tal es el caso de las modificaciones unilaterales de determinados aspectos de los contratos, en el artículo 14 bis.1.c de la LMFCA).
- G. La prohibición de buena parte de las prácticas comerciales desleales del artículo 3 de la Directiva ya estaba adecuadamente incorporada a nuestro ordenamiento gracias a la normativa previa sobre cadena alimentaria, competencia desleal y morosidad en los pagos comerciales. Por ejemplo, los aplazamientos más allá de los treinta días en el pago de productos perecederos y de sesenta en el resto ya estaban contemplados en nuestra procelosa normativa sobre morosidad. Otro tanto ocurre con la prohibición de modificaciones unilaterales de los contratos de suministro, la exigencia de pagos no relacionados con ese suministro o la explotación de secretos. Pese a ello, el artículo 14 bis reproduce íntegramente el catálogo de prácticas de la Directiva. Sin duda, la compilación ofrece la ventaja propia de toda codificación (facilitar a los afectados apelar a la totalidad de la panoplia de remedios legales a su disposición) y, además, aporta un nuevo arsenal de medidas administrativas o judiciales a disposición de los interesados. No obstante, las reiteraciones suelen acompañarse de dudas aplicativas (típicamente asociadas a las diferencias formales en la formulación de los mismos remedios, que abonan el campo para las más variadas tesis, según los intereses en juego).
- H. En cómputo global, el artículo 14 bis de la LMFCA ha de ser bienvenido, pues refuerza la protección de aquellas partes que se encuentran en situación de mayor debilidad, provee un régimen consolidado para que los operadores tengan mayor seguridad jurídica al configurar y ejecutar sus relaciones contractuales y, en fin, debería incrementar la eficacia en la gestión alimentaria. Esto es particularmente cierto en relación con la interdicción de cancelación de pedidos perecederos dentro del plazo de los treinta días previos a su entrega o la prohibición de transferir el riesgo de pérdida de productos ya vendidos o el coste del distribuidor por las reclamaciones de sus consumidores.

3.2. Prácticas comerciales desleales del artículo 14 bis de la LMFCA

3.2.1. LISTA NEGRA

Las prácticas recogidas en el artículo 14 bis.1 de la LMFCA son ilícitas en todo caso, sin que las partes del contrato alimentario puedan sanar esa ilicitud radical. Las listamos a continuación:

- A. Los aplazamientos de pago de productos agrícolas o alimentarios que excedan el tiempo establecido en la legislación sobre morosidad en el pago de las operaciones comerciales²⁴. Esta normativa (en línea con lo previsto por la Directiva) prevé, en síntesis, que:
- i. los aplazamientos de pago de productos perecederos²⁵ no excederán en ningún caso de treinta días; y
 - ii. los aplazamientos de pago para los demás productos no excederán en ningún caso de sesenta días.

Como adelantábamos, esta práctica ya estaba prohibida y suficientemente sancionada bajo la normativa anterior.

- B. Cancelación de un pedido de productos agrícolas y alimentarios perecederos dentro de los treinta días previos al momento señalado para su entrega por el vendedor.

Nótese que —como hemos adelantado— la prohibición afecta por igual al comprador y al vendedor, si bien es claro que el principal perjudicado por la cancelación será habitualmente el vendedor. En efecto, el reproche de esta práctica ha de buscarse en que el vendedor de este tipo de productos se quedará sin alternativas para su colocación y en el deseo de evitar el riesgo de pérdida total o parcial del alimento, algo ineficiente. A la inversa, sin embargo, esto es, si la cancelación la lleva a cabo el proveedor, se originaría un problema más bien contractual. En efecto, sin perjuicio del indudable daño que se irrogará al comprador, no se alcanza a ver el perjuicio para el mercado: las mercancías, siquiera con incumplimiento de contrato, serán asignadas a un operador y el comprador defraudado tendrá, además de los remedios contractuales, la posibilidad de una compra de reemplazo.

- C. Modificación unilateral de los términos del contrato de suministro de *productos* agrícolas y alimentarios, en lo que se refiere a la 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.

Esta práctica debe ponerse en relación con lo previsto en el artículo 12.1 de la LMFCa, que estatúa (ya desde el texto original de la norma) la prohibición de cualquier modificación de las condiciones contractuales, salvo de mutuo acuerdo. Y, al efecto, exigía que los contratos alimentarios previesen el procedimiento de modificación.

24 La LMFCa cita, en este punto, la disposición adicional primera de 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, y, respecto a lo específicamente referido al comercio minorista, en la disposición adicional primera de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, o de la norma que la sustituya. Todo ello sin perjuicio del régimen específico para las operaciones entre mayorista y minorista establecido por el artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en relación con su disposición adicional sexta.

25 Conforme al artículo 5.k) de la LMFCa, son aquellos productos agrícolas y alimentarios que por su naturaleza o por la fase de transformación en que se encuentran podrían dejar de ser aptos para la venta o precisar conservación en condiciones de temperatura regulada dentro de los treinta días siguientes a su recolección, producción o transformación.

El solapamiento entre ambas normas es tan evidente como ilógico. El artículo 12.1 impide cualquier modificación y, por tanto, también las previstas en el artículo 14 bis.1.c). Es llamativo que se hayan mantenido dos prohibiciones cuando una comprende la otra. Lo lógico habría sido limitar la declaración de deslealtad, bien a las modificaciones específicamente previstas en la Directiva, o bien a toda modificación (y, en su caso, agravar, como de hecho ya resulta del juego de los artículos 23.1.b y 23.2d de la LMFCA, las sanciones las modificaciones de aspectos más relevantes).

A nuestro modo de ver, entre ambas opciones, lo deseable habría sido limitar solo la modificación unilateral de los aspectos indicados en la Directiva (condiciones de entrega, pago, precio y calidad), pues, como reconoce su considerando (21), la prohibición *"no debe aplicarse a las situaciones en las que exista un contrato entre un proveedor y un comprador en el que se estipule expresamente que este último podrá especificar más adelante un elemento concreto de la transacción con respecto a pedidos futuros: por ejemplo, en relación con las cantidades encargadas. Los acuerdos no necesariamente se celebran en un momento dado para todos los aspectos de la transacción entre el proveedor y el comprador"*. De hecho, en nuestra opinión, el artículo 12.1 de la LMFCA no debe interpretarse en el sentido de que se prohíban las cláusulas que permitan a una de las partes, con posterioridad a la perfección del contrato, la elección o concreción del contenido normativo del contrato, dentro de los rangos establecidos por este. Tales supuestos no constituyen verdaderas modificaciones unilaterales de lo acordado, sino decisiones que, dentro de los parámetros pactados (y, por tanto, previsibles y aceptables), concretan el contenido convencional, algo que, como dice la Directiva, es consustancial a relaciones de tracto sucesivo y dinámicas. A nuestro modo de ver, la *ratio* de la prohibición es evitar que los contratos sean papel mojado en manos de la parte preponderante y no tanto cercenar toda flexibilidad dentro de los límites delineados por el contrato, límites que, obviamente, deberán ser lo suficientemente claros y concretos para evitar dejar el cumplimiento al arbitrio de una de las partes.

- D. Exigencia de pagos no relacionados con la venta de los productos agrícolas o alimentarios del proveedor.

De nuevo estamos ante una práctica relacionada con una disposición preexistente, en este caso, el artículo 12.2 de la LMFCA. Este prohibía, ya desde antes de la transposición de la Directiva, los llamados "pagos adicionales" al precio pactado del contrato, salvo en dos supuestos concretos (pagos que compensen el riesgo razonable de referenciación de nuevos productos o la financiación de determinadas promociones reflejadas en el precio unitario final).

Aunque ambos preceptos se orientan a evitar pagos imprevistos y no aceptados (o, dicho de otro modo, renegociaciones del precio una vez comenzado el cumplimiento del contrato), adoptan aproximaciones ligeramente distintas. Mientras que el artículo 12.2 de LMFCA viene a prohibir cualquier pago que no esté previsto en el contrato (salvo por las dos excepciones indicadas), el artículo 14 bis.1(d) solo prohíbe aquellos pagos adicionales que no tengan relación con una transacción de venta concreta. Parece orientarse, pues, a prohibir contraprestaciones totalmente desconectadas de la existencia de una entrega de

productos alimentarios, desconexión en la que el legislador europeo presumiría *iuris et de iure* una práctica anticompetitiva.

Al fijar este criterio de deslealtad, el legislador comunitario *a sensu contrario* da carta de naturaleza y reconoce la legitimidad de servicios muy habituales en el tráfico de la cadena alimentaria (denominados servicios *on top*) prestados por el comprador al proveedor, tales como la inclusión en una lista de precios, determinadas metodologías de comercialización avanzada o preferente y labores de promoción²⁶ con el único límite de que estén referidos a “una transacción de venta concreta”.

En resumen, tras la transposición de la Directiva, cualesquiera remuneraciones que deban pagarse al comprador deberán estar previstas en el contrato alimentario (artículo 12.2 de la LMFCA), salvo las dos excepciones ya citadas, y, además, deberán tener relación con el concreto suministro acordado bajo ese contrato (artículo 14 bis.1.d).

- E. Exigencia por el comprador de que el vendedor asuma el deterioro o la pérdida de productos agrícolas y alimentarios en depósito o propiedad del comprador.

La deslealtad de esta práctica se entiende desde la óptica de la dependencia económica del vendedor respecto del comprador, que es la óptica adoptada por la Directiva, pues nadie que no se halle en esa circunstancia aceptaría una imposición tan gratuita. En ausencia de esa dependencia, la práctica debería ser, a nuestro modo de ver, lícita, si bien el legislador no es de esta opinión, y recorta en exceso la libertad de pactos.

- F. Negativa a confirmar por escrito los términos de un contrato de compraventa o suministro.

Esta práctica pone de manifiesto la importancia que el legislador otorga al documento contractual como escudo al que la parte perjudicada podría apelar para poner coto a los abusos, pero también como elemento probatorio que permite la persecución de otras prácticas desleales.

- G. Adquisición, utilización o divulgación de secretos empresariales de la otra parte ilícitamente, en el sentido de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

Ciertamente, esta práctica nada añade a lo ya regulado en la citada Ley 1/2019 ni en el artículo 13 de la propia LMFCA o el artículo 13 de la Ley 3/1991. Y ello sin perjuicio de que el artículo 13 de la LMFCA sí puede propiciar innovaciones en nuestro ordenamiento a juzgar por lo decidido en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2021 (rec. núm. 5756/2020), que, aunque conviene tomar con toda prudencia, podría incidir en el concepto de secreto empresarial o, más bien, en los derechos de uso por sus titulares, algo en lo que no podemos detenernos, dado el alcance del presente artículo.

26 Vid. considerando (22) de la Directiva.

- H. Amenaza de actos de represalia comercial por el ejercicio de derechos por la contraparte (incluidos los de reclamación y denuncia).

De nuevo, otro tipo en el que, sin la existencia de una situación de desequilibrio, no se justifica el establecimiento de remedios legales distintos de los estrictamente contractuales.

- I. Transferencia al proveedor de gastos derivados de reclamaciones de los clientes finales.

Naturalmente, estos gastos podrán repercutirse cuando su causa sea la negligencia o culpa del proveedor (por ejemplo, un defecto de fabricación).

3.2.2. LISTA GRIS

Las prácticas recogidas en el artículo 14 bis.2 de la LMFCA, que se enumeran seguidamente, son ilícitas, pero no en todo caso. Las partes pueden pactar lícitamente la realización de esas prácticas, siempre que lo hagan con carácter previo, por escrito, de manera clara y sin ambigüedad (incluyendo, cuando proceda, los pagos que deban realizarse con motivo de ellas). No es necesario que la práctica esté prevista en el contrato original, pues el artículo 14 bis.2 admite que su regulación contractual se contenga en un acuerdo posterior.

Esta exigencia de transparencia y previsibilidad como condición de licitud evidencia que las prácticas a las que haremos referencia no son, en sí mismas, antijurídicas. Lo antijurídico (o, si se quiere, el reproche de deslealtad) reside en imponerlas o pactarlas de manera opaca y sin que se pueda prever su impacto. Se quiere garantizar que la parte más débil de la cadena disponga del debido conocimiento de causa y, a la vez, de parámetros objetivos claramente descritos para evitar imprevistos en la ejecución.

La razón de ser de estas formalidades estriba en que la lista gris supone el traslado al proveedor de gastos que, habitualmente, deberían corresponder al comprador. El legislador acepta ese traslado, siempre que esté pactado con las debidas garantías, pues entiende que esos pactos pueden beneficiar al proveedor. En particular, se parte de considerar que los recursos a los que esos gastos se refieren (espacio de almacenamiento, exposición, capacidad de desarrollar promociones, etc.) son escasos. Por consiguiente, si no se permitiera al proveedor que pagara en todo o en parte por ellos, podría tener dificultades para que sus productos llegasen al consumidor final.

Las prácticas que componen la lista gris son las siguientes:

- A. Exigencia de un pago por almacenamiento, exposición, puesta a disposición en el mercado o inclusión en listas.
- B. Exigencia de asunción total o parcial del coste de descuentos de los productos agrícolas y alimentarios vendidos como parte de una promoción.

En este caso, además del pacto expreso con la debida claridad y precisión, el legislador exige que se especifique la duración de la promoción y la cantidad prevista de los productos agrícolas y alimentarios que vayan a encargarse a precio con descuento en los términos

pactados. Esta práctica debe cumplir asimismo con lo dispuesto en el artículo 12 bis de la LMFCA.

- C. Exigencia de un pago por la publicidad de productos agrícolas y alimentarios.
- D. Exigencia de pago por la comercialización de productos agrícolas y alimentarios.
- E. Cobro por el personal de acondicionamiento de los locales utilizados para la venta de los productos.
- F. Devolución por el comprador de productos agrícolas y alimentarios no vendidos sin pagar por estos productos no vendidos, o su eliminación, o ambas cosas.

La redacción de este último literal es mejorable, pero, en suma, pretende que el comprador pague por todos los productos adquiridos aunque finalmente no los haya podido vender. Por tanto, salvo pacto en contrario con la suficiente explicitación, deberá pagarlos aunque los devuelva al proveedor o los deseche.

Además del pacto previo, la parte que proponga las prácticas descritas en los literales (A) a (E) facilitará a la otra por escrito, en el caso de que esta así se lo solicite, una estimación de los pagos por unidad o de los pagos por el total, según proceda. En fin, con motivo de las prácticas descritas en los literales (A), (C), (D) o (E), también facilitará, por escrito, una estimación de los gastos y la base de dicha estimación.

3.3. Otras modificaciones introducidas (artículos 12, 12 bis, 12 ter, 13 y 14 de la LMFCA)

Como ya hemos avanzado, el legislador ha aprovechado la Ley 16/2021 para introducir una serie de modificaciones en las que hemos presentado como “prácticas comerciales abusivas”. Nos referimos a continuación a las principales:

- A. Se complementa el apartado 3 del artículo 12 bis (pactos sobre actividades promocionales) y se le añade un numeral 4 de nuevo cuño:

“En el ámbito de aplicación de esta ley:

(...)

3. No se pactará la realización de actividades promocionales que induzcan a error al consumidor sobre el precio real y la imagen de los alimentos y productos alimenticios, que pudieran perjudicar la percepción del consumidor sobre la calidad o el valor de los mismos. A los efectos del análisis de dichas conductas por las autoridades competentes, se deberá tener en cuenta el precio de adquisición recogido en el contrato alimentario.

Para ello, los operadores deberán identificar su precio claramente en la información publicitaria, en la cartelería y en los tiques de compra, para que no pueda dar lugar a equívocos,

de tal forma que el consumidor tenga conocimiento exacto del alcance de la actividad promocional.

4. En las promociones, en todo caso figurará el precio real del producto y se indicará de forma visible para el consumidor la causa que da origen a la promoción”.

Esta norma, claramente relacionada con el artículo 12 ter (destrucción de valor en la cadena), se orienta a evitar prácticas de engaño y, sobre todo, de obstaculización de la actividad de los proveedores y de su reputación.

- B. Se añaden nuevos apartados 2 a 4 en el citado artículo 12 ter, que queda configurado como sigue:

“1. 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 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.

2. Para proteger la capacidad de comercialización de los productores primarios, los operadores que realicen la venta final de alimentos o productos alimenticios a consumidores no podrán aplicar ni ofertar un precio de venta al público inferior al precio real de adquisición del mismo.

3. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior tendrá la consideración de venta desleal sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero. No se reputarán como desleales las ventas con pérdidas al público de los alimentos o productos alimenticios perecederos que se encuentren en una fecha próxima a su inutilización siempre que se proporcione información clara de esta circunstancia a los consumidores.

4. En ningún caso las ofertas conjuntas o los obsequios a los compradores podrán utilizarse para evitar la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo.

5. 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”.

Sin ánimo de entrar en un análisis detallado de esta norma, que excede del propósito de este artículo, debemos destacar las siguientes cuestiones:

- i. Esta prohibición instaura, llamativamente, una prohibición sectorial *per se* de las ventas a pérdida B2B y también de las ventas a pérdida B2C cuando se trate de productos alimenticios.
- ii. Ello contrasta, por un lado, con la regulación antitrust, que solo se considera abusiva y prohibida la venta a pérdida cuando, de forma reiterada y con fines de exclusión de terceros, el operador dominante no cubra el llamado “coste medio evitable” y, por

otro lado, con la normativa comunitaria de competencia desleal, que se opone a una prohibición *per se* de la venta a pérdida (*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017 en el asunto C-295/16).

- iii. Cabe anticipar una evidente dificultad para determinar qué debe considerarse por coste efectivo de producción, dada la falta de precisión del legislador.
 - iv. La instauración de un sistema de precios mínimos conlleva un claro riesgo de alineación de precios de compra y también de reventa que ya fue criticado por la CNMC en su informe sobre el anteproyecto de ley de transposición de la directiva de septiembre de 2020.
- C. El artículo 13 de la LMFCa ve alterada su rúbrica, que pasa de “suministro de información comercial sensible” a la más escueta de “secretos empresariales”, expresión que reemplaza asimismo las referencias que en él se contenían a la “información comercial sensible”. Sin embargo, se mantiene, ya sin sentido, la definición de este último concepto en el artículo 5.h). Se añade un segundo párrafo al apartado 3 del precepto, que inserta una probablemente excesiva, por no matizada, prohibición de exigir información sobre productos en desarrollo o próximos lanzamientos.
- D. Y, en fin, el hasta ahora poco aplicado artículo 14 resulta complementado en su apartado 1. En concreto, se le añade un inciso inicial (*“los criterios para la gestión de categorías habrán de ser predeterminados y evitarán tratamientos desleales, como la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores, como dispone el artículo 16 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”*) y otro final (*“asimismo, los operadores actuarán de buena fe en la comercialización de las innovaciones relevantes de los productos alimentarios de sus proveedores”*). Estas adiciones tienen toda la apariencia de un *flatus vocis*, por lo que están llamadas a generar especiales expectativas de aplicación práctica.

4. Régimen sancionador

Se remodela intensamente el régimen sancionador, tanto para incorporar nuevos tipos de infracción o para el agravamiento de otros como para establecer límites cuantitativos máximos y mínimos a los importes de las sanciones. Con esta reforma del régimen punitivo se pretende asegurar la plena virtualidad de la norma, que venía acusando deficiencias en su redacción anterior²⁷.

4.1. Infracciones

La reforma de la LMFCa incide sobre las siguientes cuestiones principales:

27 Exposición de motivos de la Ley 16/2021.

- A. **El catálogo de infracciones en materia de contratación alimentaria se amplía** de forma considerable para incorporar principalmente las nuevas conductas prohibidas en el capítulo II, relativas a las cláusulas abusivas, como por ejemplo la modificación de las condiciones contractuales que no esté previamente pactada por las partes de manera expresa, que, según la condición de que se trate la conducta, puede dar lugar a una infracción leve o grave (e. g., modificación del precio o condiciones de entrega); o la cancelación de un pedido de productos perecederos dentro de los treinta o diez días previos al momento señalado para su entrega se considera infracción leve o grave según el momento en el que se produzca la cancelación, etc.
- B. Asimismo, fruto de la experiencia y con el objeto de facilitar la actuación de las autoridades competentes, **se modifica el tipo infractor consistente en la falta de suministro de información** a las autoridades, aclarándose que el suministro de información de forma incompleta o fuera del plazo señalado constituye una infracción. Con esa misma finalidad, se incorporan como tipos de infracción la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración con la calificación de grave (e. g., impedir indebidamente la entrada en fincas o locales a los funcionarios actuantes).
- C. Además, la nueva LMFCA **aclara** una cuestión que planteaba dudas en la anterior redacción: **en qué medida la reincidencia daba lugar al agravamiento de las infracciones**. Así, para la consideración de una conducta como infracción grave o muy grave, respectivamente, se exige que constituya la segunda o ulterior infracción leve o grave *“que suponga reincidencia con otra infracción grave cometida en el plazo de dos años, contados desde la sanción por resolución firme en vía administrativa de la primera de ellas”*²⁸. Así, es suficiente para agravar el tipo con que se trate de una infracción de la misma naturaleza y gravedad, sin que se trate necesariamente de la misma actuación del infractor.
- D. **Se modifican los plazos de prescripción de las infracciones**, que pasan a ser de cinco, tres y un año según sean muy graves, graves o leves²⁹. Asimismo, se completan las reglas de cómputo de los plazos de prescripción (e. g., *“en el caso de que los hechos o actividades constitutivos de infracción fueran desconocidos por carecer de signos externos, dicho plazo se computará desde que estos se manifiesten”*³⁰).
- E. Finalmente, y en plena coherencia con las modificaciones introducidas al ámbito de aplicación subjetivo de la LMFCA (ver apartado 1A), **se presume, salvo prueba en contrario, que el comprador**³¹ **es autor de las infracciones relativas a la falta de formalización del contrato**, de no incluir sus menciones obligatorias, en particular el precio.

28 Arts. 23. 2 a) y 23.3 LMFCA.

29 Previamente, según la redacción dada tras la reforma de la LMFCA operada en 2015, *“las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado”*.

30 Art. 23.7 LMFCA.

31 Anteriormente, la presunción de autoría de estas infracciones recaía sobre los *“operadores que no tengan la condición de PYME, los que no tengan la condición de productor primario agrario, ganadero, pesquero o forestal o agrupación de los mismos y los operadores respecto de los cuales el otro operador que interviene en la relación se encuentre en situación de dependencia económica, cuando cualquiera de ellos se relacione con otros operadores que tengan la condición de PYME o de productor primario o agrupación de los mismos, o se encuentre en situación de dependencia económica”* (art. 23.4 anterior LMFCA).

4.2. Sanciones

Respecto a las sanciones, también hay novedades relevantes que no deben pasar desapercibidas en relación con la naturaleza de las sanciones, sus límites y graduación.

- A. Se prevé la **cuantía mínima de las infracciones leves**, que queda fijada en 250 €³².
- B. Se prevé expresamente como **posible sanción administrativa el poner término a la práctica comercial prohibida en cuestión**, y ello con independencia de las multas pecuniarias que se hubieran impuesto. Esta potestad opcional del órgano competente debe tener en cuenta la acción de cesación de la actuación desleal prevista en el artículo 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, de modo que se asegure la coordinación entre ambas actuaciones.
- C. Se incorporan **límites a las sanciones**: el importe final de las sanciones pecuniarias impuestas no podrá ser inferior al beneficio económico obtenido por el infractor; y, por otra parte, y en aras del principio de proporcionalidad, las sanciones pecuniarias a imponer a los operadores *"no podrán superar un importe equivalente al 5 o al 10 por 100 de los ingresos brutos del operador sancionado en el año anterior, según se trate, respectivamente, de infracciones graves o muy graves, y siempre que se respete el mínimo legal establecido para cada caso"*³³. Los ingresos que deben ser tenidos en cuenta a efectos del cálculo de este importe máximo son los del operador concreto, y no del grupo, en línea con el criterio establecido por nuestras autoridades de defensa de la competencia.
- D. Al grado de intencionalidad y naturaleza del perjuicio causado, se añaden como **criterios de graduación de las sanciones** la trascendencia económica y social de las infracciones cometidas, el ánimo de prevalerse de ventajas competitivas frente a otro operador de la cadena alimentaria y el beneficio económico obtenido por el infractor. La regla general es que las sanciones se apliquen en su grado medio, si bien reducidas a su grado mínimo en caso de que la infracción no tenga una *"apreciable trascendencia económica y social"*³⁴. Asimismo, la norma ofrece criterios para graduar la sanción en su grado máximo, para lo cual será preciso que concurra en el infractor el ánimo de prevalerse de ventajas competitivas frente a otro operador sujeto del sector junto con la previa comisión de una o más infracciones cuando no sea aplicable la reincidencia.
- E. Se mantiene la **publicidad de las sanciones por infracciones graves y muy graves**, y su publicación está prevista con periodicidad trimestral. La Administración pública competente publicará las resoluciones sancionadoras que hayan adquirido firmeza en vía administrativa o, en caso de haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo, en vía judicial. En la publicidad de las sanciones se incluirá la identificación del infractor, infracción de que se trata y sanción impuesta.

32 Anteriormente, las infracciones leves eran sancionadas con multas de "hasta 3.000 €".

33 Art. 25.2 LMFCA.

34 Art. 25.1 a) LMFCA.

5. Mejoras procedimentales: la confidencialidad

Se introducen una serie de mejoras procedimentales en la LMFCA que tratan de potenciar una mayor eficiencia administrativa en la gestión y resolución de los procedimientos sancionadores. Asimismo, se asegura la confidencialidad en el tratamiento de la información en los procedimientos que se incoen.

A continuación se incluye una breve referencia a las mejoras de mayor impacto en el contexto de la tramitación de los procedimientos administrativos.

- A. Se contempla la adopción por la autoridad competente de **medidas provisionales con carácter previo al inicio del procedimiento administrativo** en caso de que se detecten indicios claros de vulneración de la LMFCA y, en su caso, se constata un peligro cierto de que el denunciante vaya a sufrir perjuicios durante la tramitación del procedimiento administrativo. La decisión sobre las medidas provisionales no implica prejuzgar el fondo del asunto.
- B. Se reconoce que las **asociaciones y organizaciones representativas** de operadores que intervienen en la cadena alimentaria son **titulares de intereses legítimos colectivos** en los términos del artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- C. Se **reorganizan las competencias decisorias en materia de sanciones** para potenciar una gestión más eficiente (por ejemplo, la AICA resolverá en los procedimientos sancionatorios de menor entidad).
- D. Se prevé que, cuando corresponda actuar al órgano competente de una comunidad autónoma (e. g., en caso de que las partes contratantes tengan sus respectivas sedes principales en la misma comunidad autónoma) y no lo haga dentro de los plazos establecidos, el **denunciante podrá acudir al órgano correspondiente de la Administración General del Estado**, que, previo requerimiento a la comunidad autónoma, asumirá la competencia en su lugar si aquella persistiera en la inacción.
- E. Por último, para promover un comportamiento equilibrado en la cadena y que, si se producen comportamientos ilícitos, estos sean denunciados con todas las garantías, se ha considerado oportuno que los denunciantes sean protegidos *"en todo momento"*³⁵ antes, durante y después del proceso de tramitación, y no solo mientras dure el procedimiento de control. Así, se asegura la **confidencialidad de la información en el marco de los procedimientos incoados**, incluida la identidad de los denunciantes³⁶.

35 Art. 29.2 LMFCA.

36 Como contrapunto, se mantiene la publicidad de las resoluciones sancionadoras en materia de contratación alimentaria (art. 24 bis LMFCA), con el objeto de señalar a los infractores y de que funcione como medida disuasoria de conductas infractoras de la LMFCA.

6. Recapitulación de las nuevas medidas

Gráficamente:

LA REFORMA LMFCA 2021		
	Concepto	Objetivo
Perspectiva sustantiva	Ámbito de aplicación	Ampliación muy sustancial del ámbito de aplicación en una triple dimensión: subjetiva, objetiva y territorial.
	Contratos alimentarios	Las aclaraciones y el nuevo contenido mínimo de los contratos alimentarios.
		En particular, definición más flexible de “coste efectivo de producción”.
		Regulación negociaciones.
		Registro digital de contratos.
	Prácticas abusivas	Se avanza en la lucha contra la pérdida de valor (e. g., la prohibición de venta a pérdidas en toda la cadena).
		Se introduce en esa misma línea una nueva regulación de las prácticas promocionales (e. g., no inducción a error sobre el precio real).
		Se refuerza la protección de los secretos empresariales de los operadores de la cadena alimentaria.
		Se exige la predeterminación de los criterios de gestión de marcas y se impone a los distribuidores una especial obligación de buena fe para la comercialización de las innovaciones relevantes de los proveedores.
		Se transponen a nuestra LMFCA las llamadas prácticas negras y grises derivadas de la Directiva.
Régimen sancionador	Remodelación	Se incorporan, ente otras, las nuevas conductas no permitidas o la revelación de secretos empresariales. Especial importancia reviste el agravamiento de la infracción por no formalizar el contrato alimentario y, especialmente, la falta de consignación del precio/coste efectivo.
	Límites	Se introducen límites a las sanciones, que no podrán ser inferiores al beneficio del infractor, ni superar el 5 % o 10 % de los ingresos brutos del infractor, según se trate de infracciones graves o muy graves.
	Publicidad	Se prevé la publicidad de las sanciones por infracciones graves y muy graves.
Mejoras procedimentales	Medidas provisionales	Se contempla la adopción de medidas provisionales con carácter previo al inicio del procedimiento administrativo en caso de que se detecten indicios claros de vulneración de la LMFCA y, en su caso, se constata un peligro cierto de que el denunciante vaya a sufrir perjuicios durante la pendencia del procedimiento administrativo.
	Confidencialidad	Se asegura la confidencialidad de la información en el marco de los procedimientos incoados, incluyendo la identidad de los denunciantes.