



**COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA**



**INF/CNMC/003/15 INFORME SOBRE LA
PROPUESTA DE ACUERDO SOBRE EL
CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS
MERCANTILES EN LA CONTRATACIÓN
ALIMENTARIA**

10 de septiembre de 2015

Índice

I. ANTECEDENTES.....	3
II. CONTENIDO	4
III.OBSERVACIONES	5
III.1. Observación general	5
III.2. Observaciones particulares.....	9
III.2.1. Dudas sobre voluntariedad de la adhesión de los operadores.	9
III.2.2.Sometimiento a la normativa de defensa de la competencia: algún supuesto ampliable.	9
III.2.3.Deficiencias del mecanismo de resolución de conflictos y ausencia de órgano independiente (cl. 20, 21 y 42 a 46).....	10
III.2.4. Reiteración de aspectos ya regulados y excesiva vaguedad.....	12
III.2.5. Clausulado de prácticas comerciales cuestionables por su potencial incidencia negativa en la competencia y en la eficiencia.	12

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 10 de septiembre de 2015, ha aprobado el presente informe relativo al Código de buenas prácticas mercantiles en la contratación alimentaria, en el que se analizan las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 3 de agosto de 2015. La documentación recibida consiste en la propuesta de acuerdo.

Este informe se aprueba a solicitud del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio ambiente, en virtud de las competencias que tiene atribuidas la CNMC como órgano consultivo en cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos, en aplicación del artículo 5.2 de la [Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia](#).

I. ANTECEDENTES

En fecha 3 de agosto de 2015 se recibió en la CNMC petición de Informe de la propuesta de acuerdo sobre el “Código de buenas prácticas mercantiles en la contratación alimentaria” (el Código, en adelante) por parte de la Dirección General de la Industria Agroalimentaria del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (MAGRAMA), una vez consensuado entre las asociaciones representativas de la producción, de la industria y de la transformación y tras haber incorporado las observaciones del MINECO.

La propuesta de Código constituye un mandato del legislador pues su suscripción está expresamente prevista en la [Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria](#) (en adelante, “Ley de la cadena alimentaria”) y el [Real Decreto 64/2015, de 6 de febrero que desarrolla parcialmente la anterior ley](#).

Dicha ley tiene entre sus fines en general, hacer frente a las disfunciones que viene reflejando el funcionamiento de la cadena alimentaria; hacer posible un mayor equilibrio y transparencia en las relaciones comerciales que se registran entre los diferentes operadores que la integran; el mejorar el acceso a la información y la trazabilidad a lo largo de la cadena alimentaria; o la regulación de las prácticas comerciales. Para el logro de tales objetivos, la ley contiene un enfoque mixto: i) de una parte recoge medidas regulatorias sobre el régimen de contratación y el catálogo de infracciones de prácticas comerciales abusivas; ii) de otra, de forma complementaria y como instrumento de autorregulación, se prevé la formalización de códigos de buenas prácticas mercantiles en la contratación entre los operadores.

La [Ley de la cadena alimentaria](#)¹ contiene una somera regulación del Código de buenas prácticas en sus art. 15 y 16 en lo relativo a las partes que participan en la elaboración y acuerdo; contenido (principios y regulación de prácticas mercantiles); libre adhesión y obligatoriedad del Código; posible recurso a la mediación ante desacuerdo en el precio de contratos que tengan por objeto productos agrarios no transformados en su primera venta²; previsión de una Comisión de Seguimiento con la misión de mantener actualizado el contenido del código; y, finalmente, respeto en todo caso de la normativa de defensa de la competencia.

II. CONTENIDO

El Código recoge un conjunto de principios básicos, ámbito de aplicación y procedimiento de adhesión y baja, compromisos generales, cláusulas concretas sobre prácticas comerciales, otros acuerdos y compromisos y la obligación de cumplimiento del código y su mecanismo de solución de controversias.

Se estructura en XI apartados que recogen 49 cláusulas:

El apartado I recoge los **principios básicos** a los que deben ajustarse los operadores adheridos: legalidad; defensa de los consumidores; libertad de empresa, de mercado y de pactos; lealtad; transparencia, claridad, concreción y sencillez; eficiencia; y sostenibilidad de la cadena alimentaria.

El Apartado II regula el **ámbito** del código, que se extiende a las relaciones entre los operadores, asociaciones y organizaciones adheridas que intervienen en las fases de producción, comercialización, industria y distribución de la cadena alimentaria. El código será objeto de formalización y registro.

El Apartado III incluye el procedimiento y requisitos de **adhesión y baja** del código. Se establece la posibilidad de suspensión temporal o exclusión ante reiterado incumplimiento de los compromisos adquiridos a propuesta de la Comisión de seguimiento.

El Apartado IV regula los **compromisos generales** de los operadores y sus asociaciones, tales como la claridad y constancia de contratos y acuerdos;

¹ Objeto de desarrollo reglamentario en dos extremos concretos (mediación y Registro Estatal de Buenas Prácticas Mercantiles de la Contratación Alimentaria): [Real Decreto 64/2015, de 6 de febrero](#), por el que se desarrolla parcialmente la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, y se modifica el Reglamento de la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias, aprobado por Real Decreto 705/1997, de 16 de mayo.

² Aspecto desarrollado en el art. 2 del [RD 64/2015, de 6 de febrero](#) y en el propio Código.

previsibilidad de las relaciones comerciales; cumplimiento de contratos y acuerdos comerciales; lealtad, confidencialidad y respeto a la ley en el intercambio de información; transferencia del riesgo y de responsabilidad; justificación de las demandas empresariales.

El apartado V recoge un conjunto de compromisos bajo la forma de **clausulado de prácticas comerciales comunes** a toda la cadena alimentaria. En particular, aquellos referentes a la negociación comercial, contratación, mediación ante desacuerdo en el precio, deberes contractuales, modificaciones unilaterales de los contratos, gestión de categorías e innovación, vinculación con terceros, actividades de promoción, cadena de suministro y logística, pagos, relaciones con terceros, comunicación entre operadores y seguridad alimentaria, calidad e información al consumidor.

El Apartado VI regula el **clausulado de prácticas comerciales específicas** para algunos operadores³ de la cadena alimentaria.

Finalmente, los Apartados VII a XI recogen **otros acuerdos, cumplimiento del código y resolución de discrepancias**, composición y funciones de la **comisión de seguimiento** y lo relativo a la **publicidad e implantación del código**.

III. OBSERVACIONES

III.1. Observación general

³ Prácticas comerciales de todo operador en sus relaciones con productores primarios (cl. 39) y comercializadores e industria en sus relaciones con la distribución (cl. 40).

El **análisis del funcionamiento de la cadena alimentaria** viene siendo objeto de atención en los últimos años por diversas instancias: (i) en el ámbito de la UE, a través de diversas comunicaciones e iniciativas⁴; (ii) en el ámbito nacional, mediante documentos de análisis, actuaciones regulatorias ([Ley de la cadena alimentaria](#) y normativa de desarrollo) o mediante iniciativas de autorregulación.

Las **prácticas de contratación y las denominadas prácticas comerciales desleales o abusivas** constituyen un capítulo importante dentro de las disfunciones que inciden negativamente en la eficiencia y la competencia de la cadena agroalimentaria. **Suelen venir motivadas por el abuso de la mayor capacidad negociadora** de una de las partes agravado si la otra parte se encuentra en una situación de dependencia económica que le lleva a no denunciar tales prácticas por el temor a represalias y/o ruptura de la relación comercial.

⁴ Iniciativas de la Comisión Europea como el "[Libro verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa \(2013\)](#)", la comunicación posterior "[Hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas \(2014\)](#)", o los "[Principios de buenas prácticas en las Relaciones verticales en la cadena alimentaria \(2011\)](#)" suscrito por 11 asociaciones representativas de los diferentes eslabones de la cadena agroalimentaria de ámbito europeo. En el resto de países de la UE destaca, por ejemplo, R. Unido con el Código británico de buenas prácticas. Inicialmente se trataba de instrumento de autorregulación, pero ha sido aprobado recientemente por el Parlamento ([Groceries Code Adjudicator Act 2013](#)).

Cabe destacar igualmente la actuación del subgrupo de trabajo sobre el sector agroalimentario de la Red Europea de Competencia. En particular, su Informe de 2012 ([Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector \(2012\)](#)).

Esta autoridad de competencia (tanto la extinta CNC como la actual CNMC) ha tenido una función especialmente activa en el análisis del sector agroalimentario, plasmada en diversos estudios e informes con el objeto de promover la competencia efectiva y la mejora de la eficiencia en el sector. Dentro de estos informes, comprensivos tanto del análisis de la regulación como del sector agroalimentario, se presta especial atención a las prácticas comerciales. Cabe destacar a este respecto, especialmente el [Informe sobre competencia y sector agroalimentario](#) de 2010 junto al [Informe sobre relaciones entre fabricantes y distribuidores](#) de 2011. Desde un enfoque más directamente normativo, destacan el [Informe sobre el Anteproyecto de ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria](#) de 2013 (y los documentos de posición posteriores) y el [Informe sobre el reglamento de desarrollo de dicha ley](#) de 2014, además de otros emitidos sobre la materia⁵.

Si bien las prácticas comerciales desleales pueden tener lugar en cualquier eslabón de la cadena alimentaria (productores agrícolas, industria transformadora o distribución comercial) y por cualquier operador⁶, han sido objeto de especial preocupación y análisis las prácticas comerciales **entre la distribución minorista y los proveedores**. La creciente concentración del sector, el aumento del peso de supermercados medianos y grandes o el aumento de la penetración de las marcas de distribuidor (marcas blancas), entre otros factores, ha contribuido a aumentar considerablemente el poder de negociación de grandes distribuidores⁷.

No obstante, la CNMC viene advirtiendo, en síntesis, a este respecto que:

- i) **el desequilibrio en el poder negociador no constituye por sí mismo un fallo de mercado que justifique una intervención del regulador**. Lo problemático es su abuso, convirtiéndose en prácticas con efectos negativos en la eficiencia, además de poder ser sancionables por la normativa de defensa de la competencia, y, especialmente, de competencia desleal.

⁵ [Informe sobre acuerdo sector lácteo de 2009](#), [IPN 47/10 Anteproyecto de Ley de la calidad agroalimentaria](#), [Informe sobre el Convenio de Colaboración productos lácteos sostenibles de 2011](#), [IPN 50/11 proyecto de Real Decreto de contratación en el sector lácteo](#), [Informe sobre el protocolo de colaboración del sector lácteo de 2012](#), [IPN 074/12 proyecto de Real Decreto por el que se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores de leche y de las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecen sus condiciones de contratación](#); [Informe sobre el protocolo de colaboración del sector lácteo de 2012](#); [IPN/DP/0015/14 sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el régimen de controles de la Agencia de información y control alimentarios](#); o el [Informe sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino](#) de 2013.

⁶ Tal como recoge la Comisión Europea en sus diversas comunicaciones al respecto.

⁷ Véase el Informe de la Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario de la CNC en 2011.

Además, se insiste en que **el problema no es la ausencia de regulación** (o en este caso compromisos entre los operadores de la cadena) **sino los incentivos** para la denuncia de situaciones irregulares y el **reforzamiento de la detección de oficio** por las autoridades competentes.

- ii) **no todas las prácticas comerciales tienen per se un efecto neto negativo desde el punto de vista de la eficiencia y la competencia** del sector agroalimentario; la intervención debería dirigirse a la fuente real de ineficiencias, en particular a la regulación restrictiva vigente⁸ que opera como una barrera de entrada de acceso y de ejercicio; y el cuestionamiento del régimen de infracciones por prácticas comerciales abusivas que recoge la reciente normativa relativa a la cadena alimentaria⁹.

Con respecto a los instrumentos de autorregulación, la posición de la CNMC¹⁰ se basa en el necesario cumplimiento de **ciertos requisitos**:

- i) No inclusión de cláusulas restrictivas de la competencia.
- ii) Adhesión libre y voluntaria, evitando la discriminación y la creación de restricciones a la entrada o salida del mercado.
- iii) Previsión de mecanismos efectivos y obligatorios de resolución de conflictos, incluyendo un órgano independiente, con capacidad técnica suficiente¹¹.

⁸ [Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista](#) y diversa normativa autonómica.

⁹ El régimen de obligaciones contractuales (ya regulado en la normativa sobre obligaciones y contratos) y, sobre todo, el de infracciones ya estaban previsto en la normativa de competencia desleal y de propiedad industrial. El problema principal no es la ausencia de regulación sino de incentivos de los operadores a denunciar, principalmente por el temor represalias, agravado en situaciones de dependencia económica.

¹⁰ Recogida expresamente en el [Informe sobre competencia y sector agroalimentario](#) de la extinta CNC en 2010 y en el [Informe sobre el Anteproyecto de ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria](#) de 2013.

¹¹ El [Informe sobre competencia y sector agroalimentario](#) de la extinta CNC en 2010 (pág. 76 a 79) señalaba que: “En cuanto al cumplimiento del código, [...] De estas experiencias se deduce, en particular, que las iniciativas en marcha en nuestro país deberían incorporar mecanismos de exigibilidad que aseguren el adecuado cumplimiento del código de conducta. Ello podría incluso requerir que en el órgano de resolución de conflictos, que en todo caso debe tener una composición independiente de los firmantes del Código y estar dotado de una competencia técnica suficiente, estuvieran presentes miembros de la Administración sectorial correspondiente, y que su intervención debería poder tener lugar en cualquier conflicto relativo al cumplimiento del código, sin estar sujeta al consentimiento de los afectados en cada caso”. El informe concluía en este particular que [...] Los códigos de conducta, siempre que su contenido no incorpore cláusulas restrictivas de la competencia, pueden mejorar las relaciones entre los distintos agentes en la cadena de valor. La adhesión a estos códigos debe ser siempre libre y voluntaria, evitando la discriminación y la creación de restricciones a la entrada o salida del mercado. Además, para que

En líneas generales, la propuesta de Código **se ajusta a estos requisitos si bien existen ciertos aspectos susceptibles de mejora desde la óptica de su adecuación a los principios de regulación económica eficiente y promoción de la competencia.**

III.2. Observaciones particulares

III.2.1. Dudas sobre voluntariedad de la adhesión de los operadores.

Si bien la adhesión es formalmente voluntaria¹² la adopción del código se encuentra prevista como un mandato del legislador a las asociaciones representativas de los operadores (art. 15.1 de la Ley 12/2013) con lo que se condiciona la libertad de los intervinientes y firmantes, al predeterminar el resultado. Lo anterior se agrava por la especial consideración (o eventualmente, prioridad) que la normativa prevé para los operadores adheridos al Código e inscritos en el Registro Estatal de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria¹³ en la obtención de ayudas y subvenciones.

Debe recordarse que las ayudas o subvenciones¹⁴ han de ir dirigidas en principio preferentemente a corregir fallos de mercado, sin que la existencia de diferencias en cuanto al poder de negociación entre compradores y vendedores pueda ser calificado de esta forma. En definitiva, debe respetarse la libre voluntariedad de suscripción del código sin que produzcan incentivos para su firma que son difícilmente renunciables para cualquier operador.

III.2.2. Sometimiento a la normativa de defensa de la competencia: algún supuesto ampliable.

La propuesta de código contiene a lo largo de su clausulado en diversas ocasiones el sometimiento expreso de los operadores adheridos al código a la normativa de defensa de la competencia, lo que se valora positivamente, al ser una cuestión que ya se ha puesto de manifiesto esta CNMC en informes

dichos códigos resulten creíbles, habrán de preverse mecanismos efectivos y obligatorios de resolución de conflictos”.

¹² [Informe sobre el Anteproyecto de ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria](#)⁽²⁰¹³⁾.

¹³ “La inscripción de los operadores en el Registro **se tendrá en cuenta** en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones que en relación con la alimentación y la cadena alimentaria se promuevan por parte del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente” (art. 17.5 de la [Ley 12/2013](#) y 7.2. del [RD 64/2015](#)).

¹⁴ [IPN sobre el PRD de desarrollo de la Ley 12/2013 \(2014\)](#) (pág. 9).

precedentes¹⁵. No obstante, se echa en falta su inclusión en algunos aspectos: en el apartado VII Otros acuerdos, en el que entre las medidas para hacer frente a una crisis sectorial puntuales en algún producto se contempla que las empresas “*se comprometen a colaborar estrechamente para buscar estrategias y mecanismos que ayuden a reducir su incidencia*”. Esta colaboración debe en todo caso respetar la normativa de defensa de la competencia.

III.2.3. Deficiencias del mecanismo de resolución de conflictos y ausencia de órgano independiente (cl. 20, 21 y 42 a 46).

Se valora en términos generales de forma positiva¹⁶, la existencia de mecanismos de resolución de conflictos alternativos a los jurisdiccionales: reducen los costes de transacción de los operadores (dilación en tiempo y costes de procesos jurisdiccionales) y contribuyen con ello a la eficiencia económica. Ahora bien, tales mecanismos han de ser efectivos, vinculantes, e incluir un órgano independiente con capacidad técnica suficiente -con posible representación de la Administración sectorial-, que pueda intervenir en cualquier conflicto sin estar sujeto al consentimiento de los afectados, si es que los mismos son firmantes del Código. También se ha advertido de la necesidad de que no se traduzcan dichos instrumentos en la fijación directa o indirecta de precios u otros elementos constitutivos de infracción en materia de defensa de la competencia.

Los mecanismos de resolución de discrepancias previstos presentan las siguientes deficiencias:

- Se prevé un **procedimiento previo** de reclamación ante un nivel superior de la empresa, una suerte de “defensor del cliente y del proveedor” (cl.42). Pese a que se exige que su funcionamiento sea imparcial resulta muy cuestionable que fuera a serlo en la práctica. Se propone la eliminación de este procedimiento previo (o al menos de la obligatoriedad de agotarlo) por poder suponer una mera dilación al acceso del recurso a la mediación o arbitraje.
- Se prevé la **mediación ante desacuerdo de precio** en contratos alimentarios que tengan por objeto productos agrarios no transformados en su primera venta (cl. 20). Se trata de una posibilidad prevista en la normativa

¹⁵ Como se recogía en el [Informe sobre competencia y sector agroalimentario](#) (2010) “*el actual marco de interrelación entre normas de competencia y agroalimentarias, que parte de la aplicabilidad general de aquéllas al sector agrario, debe seguir constituyendo el marco jurídico a partir del cual vertebrar el futuro del sector*”. Se advierte que dicho informe se realizó considerando la normativa en vigor entonces, antes de la reforma de la PAC de 2013. En el [Informe sobre el Anteproyecto de ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria](#) ⁽²⁰¹³⁾ se insistía en que “*el contenido del código o códigos y la aplicación que del mismo se realice por parte de los firmantes se encuentra sujeto al cumplimiento de la normativa de competencia*”.

¹⁶ Véase el [IPN/CNMC/009/15 Anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo](#).

agroalimentaria¹⁷, pese a las reticencias ya señaladas por esta autoridad¹⁸ (por el riesgo de alineamiento de otros operadores, la posible fijación directa o indirecta de precios, o la alteración de la libre voluntariedad del código). No obstante, se indica en el código que se respetará la normativa de competencia. Se recomienda que el sistema de mediación¹⁹ (cl.42.4º) garantice de forma expresa que los mediadores sean independientes (y no solo externos) de una forma más clara.

- El sistema de **arbitraje** (cl.42 punto 5º) exige común acuerdo de las partes. Una relevante carencia del sistema previsto es la no previsión de una institución concreta independiente que realice el arbitraje, sino que únicamente se remite a la [Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje](#). **Sería recomendable que la institución arbitral pudiera contar con una cierta especialización técnica.** Se insiste en este último punto a la vista de la experiencia práctica del Reino Unido y la figura del *Groceries Code Adjudicator contemplada*²⁰ (también conocido como *Ombudsman*).

¹⁷ Art. 16-.1 de la [Ley 12/2013](#) y art. 2 del [RD 64/2015](#).

¹⁸ La figura del mediador puede suponer un valor de referencia que conlleve el alineamiento de otros operadores, provocando la coordinación anticompetitiva de los mismos, fijando un determinado umbral máximo o mínimo e incluso pudiendo considerarse una recomendación de precios. Estas conductas resultan prohibidas con arreglo a la normativa comunitaria y nacional de referencia: artículo 1 de la [Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la competencia \(LDC\)](#) y artículo 101 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea \(TFUE\)](#). Véase el [Informe de Posición](#) en relación con la regulación de la figura de la mediación que se incluyó, vía enmiendas parlamentarias, en la versión definitiva de la citada Ley 12/2013 y en el [Informe sobre el reglamento de desarrollo de dicha ley](#) ⁽²⁰¹⁴⁾.

¹⁹ La mediación y el arbitraje son mecanismos alternativos de resolución de discrepancias con importantes diferencias. En la mediación, el mediador interviene para ayudar a las partes a que lleguen a un acuerdo. En cambio, en el arbitraje son los árbitros los que adoptan un laudo de obligado cumplimiento. La celebración de una mediación, por su parte, no cierra la vía judicial, mientras que en el arbitraje se agota la posibilidad de volver a plantear la misma pretensión en sede judicial debido a que el laudo arbitral tiene la misma eficacia que una sentencia firme.

²⁰ El *Ombudsman* británico constituye una de las dos principales recomendaciones, junto con la adopción del Código de buenas prácticas –recogido actualmente en una ley- del [informe de la autoridad británica de competencia](#) de 2008 (pag.245 *in fine* del Informe final) en su investigación del mercado alimentario. Se optaba por una arbitro (*adjudicator*) estable y especializado argumentando las ventajas de un conocimiento especializado y la mayor consistencia frente a contar con diferentes árbitros, como en el caso de Australia (se elige a un árbitro para cada litigio de entre 40 expertos). El *adjudicator* se encuentra regulado en una ley (*Groceries Code Adjudicator Act 2013*) y se encarga de resolver controversias entre la distribución y proveedores (los agricultores, aunque no son parte, pueden interponer denuncias incluso anónimas) al tiempo que está facultado para investigar de oficio (según informaciones en [prensa](#), con especial actividad reciente). Hasta que no se adoptó esta figura de árbitro en 2013 (no hubo acuerdo hasta entonces), el Código de buenas prácticas británico no fue efectivo. Recientemente se ha alabado su actuación de forma generalizada en [una encuesta específica](#) realizada.

- Posible **procedimiento de reclamación colectiva** por parte de asociaciones firmantes del Código. La redacción es confusa por cuanto no se establece si es un procedimiento que iniciaría alguno de los instrumentos anteriores (reclamación previa, mediación o arbitraje) o sería ya un procedimiento estrictamente judicial. En cualquier caso, cabría extender la posibilidad de denuncia anónima a operadores individuales: se recuerda que el problema en muchas ocasiones es la falta de incentivos para denunciar por temor a represalias.

III.2.4. Reiteración de aspectos ya regulados y excesiva vaguedad.

Se reiteran (o más frecuentemente se realizan remisiones generales a la normativa) aspectos de obligatoria observancia²¹ al estar ya previstos por la normativa vigente, con lo que su incidencia real es escasa. Por ejemplo, reproducen reglas de modificación contractual ya previstas en la legislación, previsiones sobre confidencialidad de la información o aprovechamiento indebido de marcas, etc. Existen, además, compromisos y conceptos excesivamente indeterminados²² que llevarían a compromisos vacíos de contenido, cuanto menos de difícil aplicación práctica.

III.2.5. Clausulado de prácticas comerciales cuestionables por su potencial incidencia negativa en la competencia y en la eficiencia.

No toda práctica comercial supuestamente problemática presenta efectos negativos, de hecho pueden en algunos casos aumentar la eficiencia de la cadena de valor, conforme al [estudio de la extinta CNC de 2011](#)²³. Además de esta advertencia general, se realizan las siguientes observaciones particulares sobre cláusulas y aspectos concretos del Código:

²¹ Aunque es cierto que el ámbito de aplicación de la [Ley 12/2013](#) y su normativa de desarrollo contenía algunas limitaciones, cabría invocar la normativa general de obligaciones y contratos, competencia desleal, propiedad industrial y defensa de la competencia que ya recogía prácticamente todo lo previsto en la [Ley 12/2013](#), como señaló la extinta CNC en [su informe en la fase de tramitación normativa](#).

²² Por ejemplo, compromisos sobre cláusulas y plazos “razonables” (cl.14) o expresiones como “tan pronto como sea posible” (cl.13) o la compensación ante modificaciones unilaterales “razonable y proporcionada” (cl. 24); la escasa previsión sobre el intercambio de información (cl.11); principios excesivamente ambiguos como el principio de sostenibilidad de la cadena alimentaria (cl. 1 *in fine* y cl. 39); o meras declaraciones de intenciones como en el apartado sobre innovación (cl.27).

²³ El [informe de la CNC de 2011](#) valoró un conjunto de 17 prácticas comerciales que eran objeto de preocupación inicial en la cadena alimentaria española y encontró que solo un grupo limitado de estas prácticas podría tener efectos netos negativos en la competencia y eficiencia en la oferta alimentaria, en la medida en que se usaran de forma generalizada y simultánea por los mayores distribuidores en sus relaciones comerciales.

- *Intercambio de información (cl.11, 23 y 26) y Comunicación entre los operadores (cl. 34).* Esta CNMC viene alertando sobre el contenido de la información intercambiada y su estricto sometimiento a la normativa de competencia. Aunque consta la anterior previsión en el código, ésta podría precisarse y concretarse en algún aspecto puntual para que no se extienda a materias ajenas al estricto objeto previsto²⁴.
- *Innovación (cl. 27).* Se trata de una mera declaración de intenciones, aunque teóricamente positivas (en concreto las cl. 27.3. d) e) y f)). Se sugiere que en la promoción de la “estrategia de fomento de la innovación” en la materia (cl.27.3.f) se señalice la debida coherencia con las reglas de ayudas de Estado establecidas en el TFUE y en los diferentes Reglamentos o Directrices aplicables.

²⁴ El [Informe sobre relaciones entre fabricantes y distribuidores de la extinta CNC en 2011](#) (pág. 102) recomendaba, entre otros extremos, que la información que un distribuidor requería a un fabricante debe circunscribirse a la que resulte justificada en el contexto de la relación distribuidor-fabricante. También se alertaba sobre el plazo que medie entre la provisión de la información y el lanzamiento final del producto debería ser proporcionado a las características específicas del proceso y justificado en razones objetivas.

- *Venta a pérdida (cl.29 5º párrafo)*. El Código reitera la especial atención que los operadores tienen que prestar a no incumplir lo establecido en la normativa vigente²⁵ en relación con la venta a pérdida con lo que no es novedoso. No obstante, se recuerda que esta CNMC viene considerando²⁶ poco razonable prohibir o criticar de forma generalizada la venta a pérdida. En determinadas situaciones puede resultar pro competitiva y conllevar ventajas para el consumidor salvo que se refiera a los supuestos ya señalados.

- *Cadena de suministro y logística (cl. 30 y 31)*. Resulta positiva la promoción de procedimientos administrativos electrónicos o la posibilidad de acudir a los instrumentos de resolución de discrepancias previstos en el Código (aún con las deficiencias de los instrumentos previstos). Con relación al respeto y seguimiento de las recomendaciones de la Asociación Española de Codificación Comercial (AECOC) debe alertarse de los riesgos para la competencia que estas recomendaciones colectivas pueden conllevar. Pueden constituir una conducta colusoria susceptible de infracción de la normativa de competencia, como recoge la normativa²⁷ y ha venido señalando en diversos expedientes esta CNMC, en línea con la [Guía de la CNC sobre asociaciones empresariales](#). En parecidos términos cabe pronunciarse en lo que se refiere a la *Seguridad alimentaria, calidad e información al consumidor (cl. 35 a 38)* y las *recomendaciones colectivas* de AECOC (cl.36).

²⁵ La venta a pérdida se encuentra regulada en 3 normas de diferentes ámbitos:

- La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista únicamente la permite si a) quien las realice tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, b) se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su caducidad, o c) se trate de ventas en liquidación (art. 14.2).
- La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal la sanciona si a) cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, b) cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos, y c) cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado (art. 17).
- Finalmente, si el distribuidor que realiza venta a pérdida tiene posición dominante, esa conducta es susceptible de llegar a constituir un abuso de posición de dominio por precios predatorios de acuerdo con el artículo 2 de la LDC o 102 del TFUE

²⁶ En el ámbito de la regulación de la cadena agroalimentaria (especialmente el Estudio de la CNC 2011) o en el ámbito de la distribución minorista ([Informe sobre la reforma de la Ley del Comercio minorista en el marco de la Directiva de Servicios de la CNC en 2009](#), [Posición de la CNC en relación con el Real decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de impulso del comercio](#)).

²⁷ El artículo 1 de la LDC, recoge las recomendaciones colectivas dentro de las conductas colusorias que tengan objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Existen diversos expedientes consultables en cnmc.es

- *Pagos adicionales (cl.32)*. Las previsiones sobre pagos adicionales resultan confusas. De una parte se produce una remisión a lo previsto en la regulación: únicamente permitidos si referidos al riesgo razonable de referenciación de un nuevo producto, o a la financiación parcial de una promoción comercial y han sido pactados y expresamente incluidos en el contrato²⁸. Pero a continuación se produce una excepción al mandato legal permitiendo mediante este código otro tipo de pagos adicionales, lo que tiene difícil encaje jurídico. Hecha la advertencia anterior, se recuerda que esta CNMC ya se posicionó en contra de la estricta regulación de determinados pagos comerciales, basándose en el estudio de 2011²⁹.
- *Prácticas comerciales para algunos operadores (cl. 39)*: la referencia a que en las estrategias comerciales de operadores de la cadena con respecto a productores primarios se destaquen el valor de los productos agrarios *de proximidad* puede introducir factores ajenos a la libre competencia que pueden alterar negativamente las decisiones de compra, introduciendo restricciones geográficas indebidas que deben ser evitadas.

²⁸ Tal como recoge el art. 12.2 de la [Ley de la cadena alimentaria](#): “ Se prohíben los pagos adicionales, sobre el precio pactado, salvo que se refieran al **riesgo razonable de referenciación de un nuevo producto** o a la **financiación parcial de una promoción comercial** de un producto reflejada en el precio unitario de venta al público y **hayan sido pactados e incluidos expresamente** en el correspondiente contrato formalizado por escrito, junto con la descripción de las contraprestaciones a las que dichos pagos estén asociados“

²⁹ Los pagos adicionales del proveedor al distribuidor no son per se y en todo caso abusivos y problemáticos para la competencia. Pueden conllevar **efectos negativos** en términos de competencia (intramarca –que el proveedor no tenga margen para hacer frente a pagos análogos de otros distribuidores- y limitar el número de distribuidores; intermarca –si los pagos son muy elevados solo resultan rentables para marcas líderes) y para el consumidor (si son fijos o de cuantía independiente de la cantidad de producto vendida el no incentivos a rebajar precios para vender más cantidad). Pero tiene **también efectos positivos**, desde el punto de vista de la eficiencia como el hecho de que tengan por objeto la asignación óptima de espacio escaso como los lineales, sufragar conjuntamente acciones de promoción que benefician tanto a proveedores como distribuidores, o el reparto de riesgos o costes correspondientes a ambas partes, entre otros. En suma, lo relevante es la **forma** en que se determinen (que sea **a priori**) y con **contraprestaciones claras**.

