

En torno a las prácticas desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario

Around unfair practices in the relationships between companies in the food supply chain

José María de la CUESTA SAENZ*

RESUMEN: La mejora del funcionamiento de la cadena de suministro alimentaria, ha concitado intensos esfuerzos por parte de la UE y de sus Estados miembros, para superar las permanentes consecuencias negativas que sus peculiaridades acarrearán a las empresas situadas en los eslabones de la cadena con menor poder de negociación, especialmente después de haberse prescindido por completo a partir del año 2007 de los sistemas de intervención en los mercados utilizados hasta entonces. Tales esfuerzos se han plasmado en normas novedosas de represión de prácticas comerciales desleales, que la UE pretende armonizar mediante la propuesta de una Directiva, pero también a través de la potencialidad reguladora de los contratos con tal finalidad y de los contratos en red.

PALABRAS CLAVE: Cadena de suministro alimentaria; directiva de armonización; prácticas comerciales desleales; contratos orientados a la regulación; ley española 12/2013.

* Profesor de la Universidad de Burgos-Asociación Española de Derecho Agrario. Contacto: <jmcuesta@ubu.es>. Fecha de recepción: 26/11/2018. Fecha de aprobación: 12/11/2018. Fecha de aprobación: 15/01/2019.

ABSTRACT: The good functioning of the food supply chain has focused much of the efforts of the European Union and its member states in the fight against power imbalances to the detriment of the weaker links of the chain, especially after the removal in 2007 of the old instruments for market intervention. These efforts have translated in to innovative regulations against unfair trading practices, which are the object of a EU proposal for harmonization, but they have also contributed to emphasize the regulatory function of contracts and contract networks.

KEYWORDS: Food supply chain; EU harmonizing directive; Unfair trading practices; Regulatory contracts; Spanish law 12/2013.

I. ANTECEDENTES

Fue tópicamente durante una prolongada época, en la literatura agrarista, hacer referencia, a modo de justificación de la especialidad de las normas del derecho agrario, a los rasgos distintivos que los economistas detectaban en los mercados agroalimentarios, partiendo sobre todo de la inelasticidad de la demanda alimentaria en la que se fundaba la llamada ley de Engel, según la cual la demanda alimentaria no crece en proporción a la renta disponible, y del consiguiente efecto King, que implicaría que los efectos del aumento de la oferta acarrearán descensos de precios más que proporcionales al aumento de oferta, todo lo cual haría necesarios sistemas de estabilización de los mercados agroalimentarios como los utilizados a partir de los años treinta del siglo veinte y hasta tiempos muy recientes.

Actualmente se tiende a matizar la fundamentación de la especialidad del derecho agrario en estos puntos de partida económicos¹, pero aun siendo así, no cabe duda de que el desigual reparto de la información y del poder de negociación está muy presente a lo largo de la cadena alimentaria y se debe “a las escasas alternativas de que disponen (los productores) a la hora de hacer llegar sus productos a los consumidores”², que se constituyen en causas generatrices de una mayor propensión, una deriva casi fatal, a que surjan y se prodiguen prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentaria, que no se pueden desterrar sin una especial vigilancia orientada a normalizar las circunstancias de la contratación.

La propuesta de Directiva de la UE en su cuarto considerando se hace eco de la especialidad de los mercados agroalimentarios en los siguientes términos: “Aunque el riesgo comercial es inhe-

¹ RODRÍGUEZ CACHÓN, T., *Estudio de las relaciones contractuales de la cadena alimentaria desde la perspectiva del análisis económico del Derecho*, Tesis doctoral, Universidad de Burgos, 2018, p. 47.

² COM (2018) 173 final, p. 1

rente a toda actividad económica, la producción agropecuaria sufre una inseguridad particular debido a su dependencia de los procesos biológicos, y a que los productos agrarios son, en mayor o menor medida, perecederos y estacionales, y a su exposición a las condiciones meteorológicas. En un contexto en el que la política agrícola está claramente más orientada al mercado que en el pasado, la protección contra las prácticas comerciales desleales resulta cada vez más importante para los agentes que intervienen en la cadena de suministro alimentario y en particular para los productores agropecuarios y sus organizaciones”³.

El amplio consenso sobre la gran dificultad realmente existente para evitar la incidencia de las prácticas comerciales desleales (en adelante PCD) en el funcionamiento de la cadena de suministro alimentaria, ha constituido el punto de partida de la preocupación de las instituciones europeas que ha desembocado en la propuesta de una directiva armonizadora de los remedios aplicados en los distintos Estados miembros.

Los antecedentes más lejanos vendrían dados por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento y del Consejo de 11 de mayo relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones

³ COM (2018)173 final, considerando 5, p. 19.

con los consumidores⁴, pero ciertamente, pese a su paralelismo, se trata de un texto de diferente ámbito de aplicación⁵.

No hay, pues, directa relación entre ese antecedente próximo en el tiempo, y las numerosas iniciativas de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo que han tenido lugar a partir de la comunicación de la Comisión “Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa”⁶, que sistematiza y resume Gonzalez Vaqué⁷ en los cinco pasos siguientes:

1. La ya indicada comunicación de la Comisión de 28 de octubre de 2009.
2. El Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales⁸.
3. La comunicación de la Comisión “Hacer frente a las prácticas

⁴ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La futura regulación de las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro de alimentos de la UE”, en *Revista de derecho agrario y alimentario*, núm. 72, 2018, pág. 126. La traslación de técnicas del derecho de los consumidores y usuarios a la protección de los agricultores ya había sido postulada en esa misma revista por VATTIER FUENZALIDA, C., “El agricultor ante la Ley de protección de los consumidores”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núms. 3-4, 1986, pp. 5 y ss. en el que siguiendo la línea apuntada por F. de Castro y Bravo cuatro años antes, propugna la aplicación a los agricultores como destinatarios finales de ciertos productos (abonos, semillas, pesticidas etc.) y estando afectados de la misma inferioridad en cuanto a poder de negociación, de algunas normas de protección de los consumidores, al tiempo que la responsabilidad por el producto que les atañe como empresarios.

⁵ Ver las notas críticas de DI LAURO, A., “Coerenza ed incoerenza nella disciplina sulle pratiche sleali. Reflessi nel settore agroalimentare”, en AMAT, P. (ed.) *Derecho agrario, agroalimentario y del desarrollo rural*, Valencia, Tirant lo Blanch, Congresos, 2011, pp. 327 y ss.

⁶ COM (2009) 591 final de 28 de octubre.

⁷ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., obra citada, pp. 128 a 134

⁸ COM (2013) 37 de 31 de enero.

comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas”.⁹

4. Informe de la Comisión “sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario”¹⁰.
5. Resolución del Parlamento Europeo sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario¹¹.

Estos resultados de la actividad de las instituciones de la UE implicadas en la materia que han sido fundamentalmente la Comisión y el Parlamento Europeo, son los que han conducido a la formulación de la propuesta de Directiva cuya comparación con la experiencia y la legislación españolas constituye el objeto central de este trabajo.

No hay que olvidar, por otra parte, que la legislación de los Estados miembros de la UE en torno a las PCD, venía en buena medida impulsada por la actividad de la Unión Europea, no sólo en materia normativa, sino también por medio de los estudios realizados en su seno, acerca de la especial problemática de la cadena de suministro alimentaria. Buena muestra de ello ofrece la Exposición de Motivos de la Ley 12/2013 de 2 de agosto de Medidas para Mejorar el Funcionamiento de la cadena Alimentaria, que menciona en tal sentido en su apartado II a los Consejos de ministros de Competitividad y Agricultura y el Comité Económico y Social, así como la creación en el año 2011 del Foro de Alto Nivel sobre la Mejora del Funcionamiento de la Cadena Alimentaria, como impulsores y actores de estudios han tenido otras importantes proyecciones además de las relativas a las PCD.

⁹ COM (2014) 472 final de 15 de julio.

¹⁰ COM (2016) 32 final de 29 de enero.

¹¹ PS_TA82016)0250 Resolución del Parlamento Europeo sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario de 7 de junio de 2016, en DOUE 086/40 de 6 de marzo de 2018.

En efecto, en fecha tan reciente como el mes junio de 2016, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión la formulación de una propuesta sobre un marco jurídico relativo a las prácticas comerciales desleales, que ya en el mes de diciembre del mismo año 2016 se concretaba en una petición de evaluación de impacto de marco jurídico o medidas no legislativas.

Así pues, en aquellos momentos el Comité Económico y Social se pronunciaba en favor de la adopción de medidas contra las PCD con carácter urgente, así como en favor de la creación de una red única y armonizada de organismos encargados de controlar su cumplimiento¹².

Por fin, los requerimientos indicados, se incorporan al proyecto de directiva que nos ocupa¹³, el cual prevé en su artículo 12.1 el brevísimo plazo de transposición a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de tan sólo seis meses contados desde la entrada en vigor de la futura Directiva.

En la formación de esta voluntad de proporcionar una legislación armonizadora ha pesado, sin duda alguna, el hecho de que veinte Estados miembros hubiesen adoptado ya una normativa específica sobre PCD, muy heterogénea y en ocasiones concretada en medidas protectoras contra PCD de escasa o nula eficacia¹⁴, así como el hecho de que la Iniciativa de la Cadena de Suministro (ICS), ofreciese una especie de código de conducta llamado Principios de Buenas Prácticas en el año 2011, resultase poco eficaz. La ICS no ha tenido capacidad de imponer sanciones, ni ha publicado sus decisiones, sin que, por lo demás, esté garantizada la confidencialidad de las denuncias, ni siquiera en las primeras fases del procedimiento¹⁵.

¹² Véase MAYORAL, A., “La prohibición de las prácticas desleales en la cadena alimentaria ¿una Directiva en sentido único?”, en *Boletín Digital de Alimentación y Consumo*, núm. 29, 2016, pp. 20 y 21.

¹³ Contenida en el documento citado en la nota 2 *supra*.

¹⁴ COM (2018) 173 final, p. 2, al tratar el contexto de la propuesta.

¹⁵ COM (2018) 173 final, contexto y objetivos, p. 3.

Así pues, algunas de las limitaciones de los Códigos de conducta en la lucha contra las PCD, podrían calificarse como estructurales y hacen necesaria la introducción de un nivel mínimo común de protección contra las PCD en la cadena de suministro alimentaria en toda la UE, cuyo establecimiento es la finalidad de la propuesta de Directiva.

En suma, nos encontramos ante una manifestación en cierto modo esperable, de esta nueva metodología surgida en el derecho de los contratos, sobre la que ya se ha fijado la atención de la doctrina¹⁶, aunque constituye un terreno todavía relativamente poco explorado.

II. LA MEJORA DEL FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA ALIMENTARIA EN ESPAÑA

En España se había legislado ya en 2013, mediante la Ley 12/2013 de 2 de agosto de medidas para la mejora de del funcionamiento de la cadena alimentaria (en adelante LMMFCA) poniendo en práctica los estudios y recomendaciones de la Unión Europea que se han comentado en el aparatado precedente, lo que constituye una adaptación al Derecho español de esas propuestas.

La mencionada Ley, objeto de un amplio desarrollo posterior¹⁷, y de una ya prolongada aplicación, sobre todo en la vigilan-

¹⁶ Ver en tal sentido en la obra colectiva editada por BROWNSWORD, R., VAN GESTEL, R.A.J. y MICKLITZ, H. W., *Contract and regulation. A Handbook on new methods of law making on Private Law*, ed. Elgar, London, 2017, cuya introducción de la que son autores los citados profesores, despliega una clara y compendiosa exposición de estas novedades del Derecho privado, en sus pp. 1-35. Ver asimismo VAN GESTEL, R.A.J., MICKLITZ, H.W. y POIARES MADURO, M., “Methodology in te new legal world”, *EUI working papers*, 2016.

¹⁷ Cabe citar, por el momento, las siguientes normas de desarrollo de la LMMFCA: R.D. 227/2014 de 4 de abril, regulador del Estatuto de la Agencia de Información y Control Alimentarios (AICA); R.D. 64/2015 de 6 de febrero por

cia de las PCD, como lo atestigua el informe relativo a la actividad de la Agencia de Información y Control Alimentarios (en adelante AICA) en 2017, publicado a comienzos de 2018, avanzaba en su aplicación inmediatamente eficaz en muchos de los aspectos del funcionamiento de la cadena alimentaria más problemáticos para los contratantes carentes de un poder de negociación suficiente como para evitar verse sometidos a prácticas comerciales desleales u otros comportamientos oportunistas¹⁸, se vio repentinamente sometida a un brusco y frontal cuestionamiento de algunos de sus más básicos puntos de partida.

En efecto, la Generalidad de Cataluña interpuso el recurso de inconstitucionalidad nº 6227-2013 contra el apartado sexto, letras b), c), e) y g) de la disposición adicional primera de la Ley 12/2013 de 2 de agosto de medidas para la mejora del funcionamiento de la cadena alimentaria con base en que la atribución al órgano estatal AICA de las funciones ejecutivas y de control del cumplimiento, así como de las funciones de instrucción de procedimientos sancionadores de la LMMFCA, no tienen amparo en la competencia exclusiva del Estado relativa a la planificación general de la actividad económica del artículo 149.1.13 de la Constitución española e invade las competencias que el artículo 116 del

el que se desarrolla parcialmente la Ley 12/2013 de 2 de agosto y se reforma el reglamento de la Ley 38/1994 de 30 de diciembre de Organizaciones interprofesionales agroalimentarias (los desarrollos parciales se refieren a Códigos de buenas prácticas, observatorio de la cadena alimentaria y red de laboratorios de control de calidad de los alimentos); R.D. 66/2015 de 6 de febrero sobre régimen de los controles a aplicar por la AICA; Resolución 53/2015 de 26 de junio sobre estudios, informes y análisis comparativos de alimento; Resolución de 10 de diciembre de 2015 por la que se publica el Código de Buenas Prácticas mercantiles en la contratación alimentaria.

¹⁸ Ver RODRIGUEZ CACHÓN, M.T., *op. cit.*, pp. 164 y ss. Donde la autora explica el concepto de comportamiento oportunista y sus diversas manifestaciones, en relación con las categorías tradicionales de la teoría general del contrato.

Estatuto de Autonomía de Cataluña confiere a la Generalidad de Cataluña en materia de agricultura, y en menor medida también las competencias que el artículo 154 del mismo Estatuto confiere a la Generalidad en materia de defensa de la competencia.

Y lo cierto ha sido que el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 66/2017 del Pleno de 25 de mayo declaró nulos los subapartados b), c) y e) del apartado 6 de la disposición adicional primera de la LMMFCA, e impuso la inaplicación de la letra g) salvo en el caso de que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 6 de la propia sentencia¹⁹.

El Ministerio se apresuró a emitir un comunicado tranquilizador sobre la continuidad de la actividad de control de cumplimiento de la LMMFCA por parte de la AICA, como si la cuestión resuelta fuese puramente adjetiva y por ende carente de consecuencias sobre las actuaciones de la AICA ya terminadas, así como sobre las actuaciones en curso y las futuras actuaciones. Muy al contrario, algún autor expresó la opinión de que sería preciso comprobar caso por caso²⁰, las consecuencias de anulación de los citados apartados de la disposición adicional primera, así como de la interpretación que se impone de otro de los apartados impugnados.

Creo, con el citado autor, que no se trata solamente de cuestiones formales o adjetivas, y yendo todavía más lejos me atrevo a sugerir que debajo de los argumentos esgrimidos en este litigio subyace una radical y esencial incompreensión del concepto central de la LMMFCA, que no es otro que el concepto de cadena

¹⁹ Este fundamento jurídico restringe la competencia para instruir y resolver en los casos en que de acuerdo con el artículo 26.2 de la LMMFCA, la potestad sancionadora corresponda a las Comunidades Autónomas (en plural), lo que supone un notable cercenamiento de la competencia de AICA más allá del caso de la Generalidad de Cataluña.

²⁰ PALMA FERNÁNDEZ, J.L., “Nulidad de preceptos de la Ley de la cadena alimentaria: sobre los efectos de la STC nº 66/2017 de 25 de mayo de 2017”, *GA-P*, 28 de julio de 2017

alimentaria, traducción esta tal vez no muy afortunada aunque sí más concisa, de la expresión inglesa *food supply chain*, cuya traducción literal (cadena de suministro alimentaria) encabeza este estudio, en el que se emplea indistintamente respecto de la terminología legal “cadena alimentaria”²¹.

En efecto, el problema de competencias subyacente al litigio al que pone fin –provisionalmente tal vez– la STC 66/2017 de 25 de mayo, es inconcebible para quien esté algo familiarizado con el concepto de cadena de suministro alimentaria (o de otro tipo de productos²²), que será por lo general una cadena transnacional por no decir que global, salvo en los por desgracia todavía escasos supuestos de las llamadas *short supply chains*, cuyo incremento en número se preconiza como algo muy deseable para el desarrollo rural²³.

Así las cosas, resulta que el Tribunal desoyó las alegaciones de la Abogacía del Estado respecto del concepto legal de cadena alimentaria (*melius*: cadena de suministro alimentario), y su relación con la ordenación económica del sector agroalimentario, y sobre todo, su afirmación de que el ejercicio por órganos territoriales de las competencias atribuidas a la AICA por las disposiciones impugnadas podría dar lugar a diferencias de criterio que harían muy difícil una interpretación uniforme de las normas contenidas en la Ley, alegaciones que son un reflejo de las conclusiones alcan-

²¹ Sobre el tema, ver, PALMA FERNÁNDEZ, J.L., “La noción jurídica de cadena alimentaria”, *La Ley*, núm. 8548, 2015. Ciertamente, “cadena alimentaria” es una expresión concisa pero que se aproxima demasiado a la noción biológica de “cadena trófica”, lo que presta a la expresión alguna equívocidad.

²² Ver en relación con la UE, el trabajo de BUKEVICIUTE, L., DIERX A., y ILZKOVITZ, F., “The functioning of the food supply chain and its effects on food prices in the European Union”, *European Economy. Occasional Papers*, núm. 47, 2009.

²³ Ver MARSDEN, T., BANKS, F., BRISTOW, G., “Food Supply Chain Approaches: Exploring Their Role in Rural Development”, *Sociologia Ruralis*, vol. 40.4, 2000.

zadas por el grupo de trabajo de la UE²⁴, que inspiran la reciente legislación de los Estados miembros cuya armonización mínima se propone la proyectada Directiva que justifica este estudio.

El problema es más agudo, más profundo y más extenso de lo que a primera vista pudiera parecer, porque si la armonización que propone el artículo 4 de la proyectada Directiva llega a producirse en los términos que conocemos, dado que el artículo 4 bajo el epígrafe “Órgano de control del cumplimiento”, establece que “Cada Estado miembro designará una autoridad pública encargada de controlar el cumplimiento de las prohibiciones establecidas en el artículo 3 a nivel nacional (en lo sucesivo “órgano de control de cumplimiento”), este problema puntual quedará más o menos perfectamente solucionado, pero el mal del que es síntoma puede seguir apareciendo bajo otras manifestaciones, como ya había ocurrido en materia de protección de los consumidores, hasta el punto de haberse hecho en aquel caso necesaria una Directiva de armonización total como la actualmente vigente en materia de consumo ocasionada por la divergente regulación surgida de la transposición de las previas directivas de armonización parcial.

En efecto, el procedimiento emprendido por la Generalidad de Cataluña, que culmina (por ahora) en la STC 66/2017, sería un viaje a ninguna parte, un *circuitus inutilis* que no resultaría un obstáculo definitivo para la mejora del funcionamiento de la cadena de suministro de alimentos, pero quedaría incólume la radical incomprensión de lo que es un verdadero concepto jurídico (aunque nacido como tantos otros conceptos jurídicos en terrenos científicos ajenos a lo jurídico), que han demostrado buena parte de los operadores jurídicos implicados en esta “escaramuza”. Esta incomprensión que se materializa en la STC citada, que es del Pleno del Tribunal Constitucional, y es unánime, habría sido una victoria “pírrica” de las tesis de la recurrente, porque realmente no se podría resolver en esos términos válidamente la vigencia de

²⁴ Ver petición del CES formulada en el año 2016 a la que se refiere la nota 12 *supra*.

una asunción de competencias en materia de cadena de suministro de alimentos no compatible con la primacía del derecho de la UE.

Pero sería una ingenuidad pensar que el problema de fondo de una cierta incompreensión de las implicaciones de la mejora de la cadena alimentaria, no va a tener más manifestaciones en lo sucesivo, o no las ha tenido ya en el pasado, porque lo cierto es que, si los juristas europeos no tomamos una más clara conciencia del significado del mercado único en materia de obligaciones y contratos, la protección del consumidor y en general la del contratante débil, no experimentará el necesario progreso.

Y es que las cadenas de suministro de bienes, son en la mayor parte de los casos, transnacionales y casi siempre suprarregionales, realidad ésta que resulta insoslayable e imposible de compatibilizar con la existencia de una fragmentación y diversificación excesiva de su régimen jurídico, que genere diferencias de precios y de costes de transacción que esterilizan los esfuerzos por agilizar los intercambios. Y no se trata, además de cadenas de suministro que impliquen operadores que pertenezcan a un mercado único o a una zona de libre comercio determinada, porque lo cierto es que el mercado alimentario pronto estuvo, en el decurso de la historia, parcialmente “mundializado”²⁵, y que, en consecuencia, la cadena de suministro “corta”, coexistió con una creciente extensión e intensificación de la “cadena larga”.

Pretender una mejora de la eficiencia contractual sin armonizar, al menos, los criterios sobre represión de unas PCD califica-

²⁵ Ver OSTERHAMMEL, J., *La transformación del mundo: una historia global del siglo XIX*, Barcelona, Crítica, 2015, cuyo capítulo V se dedica a las vicisitudes de la cadena de suministro agroalimentaria, y que en su pág. 334 refleja el dato de que ya en 1876 se comenzó a transportar en buques refrigerados carne desde Argentina a Europa, como un ejemplo notable de los cambios inducidos por el auge del comercio y los progresos tecnológicos, que en sentido geográfico inverso seguían la mismas rutas transoceánicas de los excelentes vinos europeos.

das como tales de un modo general, y pronto armonizado, sería condenar a la esterilidad esta novedosa y esperanzadora faceta de la legislación, por más que la propia LMMFCA, muestre alguna incompreensión del problema en el artículo 26.2²⁶, hijo de una manera de entender la unidad de mercado interior poco realista y merecedora de una profunda revisión, entre otras cosas porque contraviene un precepto como el artículo 139 de la Constitución española que se ubica en el frontispicio de la regulación de la organización territorial del Estado y que establece: "1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. 2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de los bienes en todo el territorio español", ya que no se entiende que lo que es conveniente para el mercado único de la UE, no lo sea para la unidad de mercado del Estado español.

III. CARACTERES DEL INTENTO ARMONIZADOR DE LA UE Y COMPARACIÓN CON LA LMMFCA ESPAÑOLA

En primer lugar, según el artículo 1.1 de la proyectada Directiva, esta se propone una armonización parcial, puesto que "establece una lista mínima de prácticas comerciales desleales prohibidas entre compradores y proveedores en la cadena de suministro alimentaria y prevé normas mínimas en relación con el control del cumplimiento de esa prohibición, así como disposiciones para la coordinación entre los organismos encargados de ese control".

En segundo lugar, la Directiva se limita a regular PCD en relaciones contractuales consistentes, según el apartado 2 del mismo artículo 1, en "ventas de productos alimenticios de un proveedor

²⁶ Mencionado en nota 19 *supra*.

que es una pequeña y mediana empresa a un comprador que no es una pequeña y mediana empresa”.

Lógicamente, la futura Directiva se aplicará sin perjuicio de la existencia actual o futura de normas más completas y exigentes en los Estados miembros, es decir, “más ambiciosas”, como expresa el considerando nº 17 de la Propuesta de Directiva, ya que tales normas se aplicarían siempre que fuesen conformes al derecho de la UE “junto con medidas de gobernanza voluntarias”.

Pero de esta primera caracterización de la Directiva como Directiva de mínimos, surge, en relación con algunas definiciones, como la contenida en el artículo 2 c) de pequeña y mediana empresa, la duda acerca la remisión al concepto de PYME contenido en el anexo de la Recomendación de la Comisión 2003/461CE, lo que, a juicio de algunos autores, puede resultar problemático²⁷.

Por lo que respecta a las PCD en concreto, el artículo 3 de la propuesta de Directiva, en su apartado 1 obliga a los Estados miembros de una manera absoluta a prohibir:

- a) El pago de productos alimenticios percederos con posterioridad a treinta días naturales desde la fecha de la factura o de la entrega (sin perjuicio de los recursos consagrados por la legislación sobre morosidad en operaciones mercantiles (Directiva 2011/77UE), ni de la posible existencia de cláusulas de reparto del valor del art. 172 bis del reglamento UE nº 1408/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.
- b) Cancelación de un pedido de productos alimenticios percederos en un plazo tan breve que el proveedor no puede razonablemente esperar encontrar una alternativa para comercializar esos productos.
- c) Modificación unilateral y con carácter retroactivo de los términos y condiciones del acuerdo de suministro sobre frecuencia, calendario, volumen de la entrega, normas de

²⁷ Ver, por todos GONZÁLEZ VAQUÉ, L., *op. cit.*, p. 135.

calidad o precios.

- d) Pago por el proveedor por las pérdidas de alimentos producidas en los locales del comprador, sin que obedezcan a culpa o negligencia del proveedor.

El apartado 2 del mismo artículo de la propuesta de Directiva obliga a los estados miembros a prohibir igualmente siempre que no se hayan acordado en términos claros e inequívocos en el momento de la celebración del acuerdo de suministro:

- a) Devolución de los productos no vendidos al proveedor.
- b) Exigencia de pagos por el proveedor ocasionados por almacenamiento, exposición o inclusión en una lista de precios de productos alimenticios del proveedor.
- c) Pagos por el proveedor por la promoción de productos alimenticios vendidos por el comprador antes de una promoción, o sin especificar el período y la cantidad de alimentos que vayan a encargarse.
- d) Pagos por el proveedor en razón del *marketing* de productos vendidos por el comprador.

Ciertamente, ese elenco de PCD prohibidas no coincide por completo, aunque sí en lo fundamental, con las previstas por el artículo 12 de la LMMFCA, ya que, por ejemplo, la LMMFCA no contiene previsiones sobre morosidad, seguramente por considerar que ya estaban previstas en la Ley 3/2004 de 29 de diciembre sobre morosidad en operaciones mercantiles, que dedica su artículo 4 a la cuestión de los plazos de pago reformado tras la Directiva 2011/7/UE a la que se remite, de modo que sería conveniente, en su caso y en su momento, modificar el artículo 12 LMMFCA

para dar cabal cumplimiento a la obligación que establecerá para el Estado español la proyectada Directiva²⁸.

Por lo demás el amplio contenido de la LMMFCA contempla más allá de prohibir PCD, otras muchas facetas de las propuestas surgidas de los trabajos llevados a cabo desde 2009 en el seno de la UE para mejorar el funcionamiento de la cadena de suministro de los productos alimentarios, como la regulación de los contratos alimentarios arts. 8 a 11 de la LMMFCA, y los Códigos de buenas prácticas a los que se dedica el Título III de la LMMFCA (arts. 15 a 18), que junto con la represión de las PCD constituye el ámbito de vigilancia de la AICA.

En suma, la proyectada Directiva, como norma armonizadora de la lucha contra las PCD en la cadena de suministro alimentaria en la legislación de los Estados miembros, está orientada a facilitar los intercambios, más que a proteger al contratante débil, como lo denota la definición de pequeña empresa a que se remite²⁹, por lo que esa posibilidad parece quedar por completo entre las competencias legislativas de los Estados miembros.

IV. ¿PROTECCIÓN JUDICIAL DEL CONTRATANTE DÉBIL?.

Surge así la cuestión acerca de si existe o no, una regulación del contrato en general a nivel de cada Estado miembro que permita construir esa protección del contratante débil. Desde luego la respuesta tiene que ser muy matizada, porque ciertamente puede encontrarse en algunos ordenamientos jurídicos estatales, base

²⁸ La cuestión de los plazos no es precisamente baladí en esta materia, puesto que la nota de Prensa del Ministerio de 29 de enero de 2018 bajo el título “La AICA se consolida como referente del control de la Ley de Cadena Alimentaria, da cuenta de que el 44% de las sanciones impuestas en cuatro años de funcionamiento de la AICA, se refiere al incumplimiento de los plazos de pago.

²⁹ Cfr. GONZÁLEZ VAQUÉ, L., *op. cit.*, p. 135.

para construir la indudable limitación intrínseca de la autonomía privada que deriva de la esencia misma del contrato. Esto ocurre sin duda en los ordenamientos que consagran la vigencia del principio de la buena fe y la limitación del llamado orden público, y podía también encontrarse en una adecuada interpretación del elemento causal³⁰. Sin embargo, la aplicación jurisdiccional de ambas posibilidades ha dejado mucho que desear, y solo muy recientemente parece surgir alguna tendencia

De nuevo aquí es inevitable traer a colación lo ocurrido con la protección de los consumidores, y señaladamente con las cláusulas abusivas cuya detección y expulsión en algunos mercados ha sido en España notoriamente defectuosa y ha necesitado de la corrección de muchas pautas contractuales por la jurisprudencia del TJUE, a pesar de la profunda comprensión de las relaciones entre las distintas regulaciones relacionadas con las “limitaciones intrínsecas de la autonomía privada” que demostró F. de Castro y Bravo antes incluso de que hubiese en España legislación general de protección de los consumidores³¹, porque aportaría un último nivel de protección plena, aunque no exclusivamente, aplicable a los contratos de la cadena de suministro de alimentos.

En efecto, la protección del consumidor o más ampliamente concebida, la protección del contratante débil, es una irrenunciable consecuencia del concepto mismo de contrato, y no un derecho especial para determinado tipo de relaciones contractuales, y es que para que se cumpla el aforismo *qui dit contractuel dit juste*,

³⁰ En el caso del Código civil español se daban ambas características, es decir, la consagración del principio general de la buena fe contractual (art. 1,258 C.c.) y la causa (art. 1.274 C.c.). En el Código civil francés existía la causa como elemento esencial del contrato, pero no el principio general de la buena fe, hasta la reciente reforma entrada en vigor en 2017, que ha suprimido la causa, pero ha introducido en cambio el principio de la buena fe.

³¹ Ver, DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía privada” (orden público, derecho de la competencia, derecho de los consumidores), *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35-4, 1982, pp. 987 y ss.

asumido paradójicamente como una incondicional defensa del principio de autonomía privada en la literatura civilística francesa de la primera mitad del siglo XX, cosa que ciertamente no era en sus orígenes³², tienen que tenerse presentes sus límites intrínsecos, y los propios presupuestos del consentimiento.

El Derecho español siempre acogió tales posibilidades no solamente en el Código civil sino también en el Código de Comercio³³, e incluso en leyes especiales, como la todavía vigente y fre-

³² Ver ROLLAND, L., “Qui dit contractuel dit juste”, en *Revue de Droit, McGill University*, vol. 51, 2006, pp. 765 y ss. La autora, buscando el origen del aforismo, cree encontrarlo en la obra de A. Fouillé, *La science sociale contemporaine*, Hachette, Paris, 1880, p. 410. Sea o no definitivo el origen atribuido al aforismo por la citada autora entre otros, es lo cierto que se encuentra en una obra cuyo significado dista de ser una afirmación de la omnipotencia de la autonomía privada. Muy probablemente ese mismo contexto rodea el nacimiento de la teoría general del contrato en la obra de P. OÑATE, *De contractibus lucrativis* Roma, 1647. Ver en tal sentido, DE CORRES HELGUERA, C., *El origen histórico de la teoría general del contrato. La teoría del contrato en la tradición jurídica. La obra De contractibus de Pedro de OÑATE S.J. como precursora de conceptos fundamentales del derecho contractual actual*, tesis doctoral, Universidad Pontificia de Comillas, ICADE, Madrid, 2013, que aborda la protección del contratante débil en el cap. IV.3, págs. 375 y ss. (hay un capítulo del mismo autor sobre este tema bajo el título “El Derecho de las relaciones de consumo., la fragmentación de la teoría general del contrato y la escuela de Salamanca”, en las actas del *Congreso Internacional de Derecho civil VIII centenario de la Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2018, pp. 143 y ss).

³³ En tal sentido ver STS nº 3367/2016 de 3 de junio de 2016 (Ponente Sr. P.J. Vela Torres), sobre control de transparencia en una de las llamadas “cláusulas suelo”, que admite la protección del contratante débil en materia de condiciones generales de los contratos, con base en los artículos 1.258 del Código civil y 57 del Código de comercio, aunque en el caso, la deniegue en aplicación de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la contratación por no concurrir la condición de consumidor.

cuentemente aplicada en materia de prestación de intereses³⁴, Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908.

De modo semejante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre cuyos pronunciamientos cabe citar la STS n° 318/2017 de 19 de mayo de 2017 relativa a la inaplicación a una pequeña empresa de una cláusula por ella aceptada de aplazamiento del precio en un contrato de obra con superación del límite fijado de 60 días en la Ley 3/2004 de 29 de diciembre de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de la que ha sido Ponente F.J. Orduña Moreno.³⁵

Ello no obstante, parece prematuro, aunque no descartable, afirmar la posibilidad de que en un futuro próximo se instaure una corriente jurisprudencial en tal sentido, que condujese a la enjuiciabilidad de cláusulas contractuales en una línea como la defendida por V. ROPPO³⁶, lo que confirmará el funcionamiento *in extremis* más allá de todo otro cauce, de la protección jurisdiccional

³⁴ Numerosos fallos del Tribunal Supremo desde la STS n° 677/2014 (Reseña por AGÜERO ORTIZ, A., *CESCO*, 20 de abril de 2015), hasta el momento han aplicado la nulidad parcial resultante de la Ley de 23 de julio de 1908 a créditos *revolving*, incluso en tarjetas de crédito.

³⁵ La aplicación de la buena fe objetiva en materia de contratos, no sólo fundamenta doctrinas jurisprudenciales tan asentadas y depuradas como las relativas a la revisión de los contratos por cambios imprevisible de las circunstancias, (la llamada *cáusula rebus sic stantibus*), o la llamada doctrina de los actos propios, sino que fundamenta desde muy antiguo sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo restauradoras de la reciprocidad mediante integración de los contratos, como muy bien indicaba con cita de numerosas sentencias recaídas desde comienzos del siglo XX y hasta los años sesenta de ese mismo siglo, DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. en su obra *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, Bosch, 1965, pp. 123 y ss.

³⁶ Ver ROPPO, V., “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, en *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, núm. 20, 2011, p. 173 y ss.

de los contratante de inferior poder de negociación en la cadena de suministro alimentaria, más allá de la protección frente a las cláusulas abusivas.

V. EPÍLOGO: EL CONTRATO COMO REGULACIÓN

La LMMFCA española del año 2013, trata de llevar a cabo un enfoque integral de la mejora del funcionamiento de la cadena de suministro de productos alimentarios, y por ello no solamente contempla los aspectos aquí estudiados, sino también la regulación de los contratos alimentarios, los códigos de buenas prácticas. Pero también, en la disposición final primera introduce reformas en los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 15 de la Ley 38/1994 de 30 de diciembre sobre Organizaciones Interprofesionales Agroalimentaria, y en la disposición final segunda reforma igualmente los artículos 2, 33, 10 11 y 12 de la Ley 2/2000 de 7 de enero Reguladora de los Contratos-tipo de productos agroalimentarios.

Por otra parte, acompañaba a la LFFMCA la Ley 13/2013 de 2 de agosto de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario, que forma un conjunto mucho más ambicioso de lo que a primera vista aparece, del que puede decirse que apuesta firmemente por la regulación contractual de los mercados alimentarios, habida cuenta de la imposibilidad de acudir de nuevo a las fórmulas utilizadas por la Comunidad Económica desde su creación, y hasta comienzos de la década de los años 90 del pasado siglo en que hubo de modificar sus planteamientos para acomodarse a la próxima aparición en el horizonte del comercio mundial de productos alimentarios de las fórmulas liberalizadoras amparadas por el Tratado que dio vida a la Organización Mundial del Comercio.

Cierto es que la metodología de regulación contractual, tenía muchos precedentes en el Derecho de la CEE y de sus Estados

miembros, pero siempre dentro de determinados sectores y nunca como principal recurso estabilizador de los mercados³⁷.

Ha sido, pues, la reflexión de que se dio cuenta sumariamente en la primera parte de este estudio, la que ha propiciado una legislación que permite augurar un desarrollo mucho mayor de lo que se ha estudiado ya como “contrato y regulación”³⁸.

Ciertamente el contrato normativo es una realidad con muy variadas manifestaciones e incluso denominaciones. Una tesis doctoral de los últimos años³⁹, abordaba desde el nivel de máxima generalidad esa noción, y sus múltiples aplicaciones y figuras, así como su parentesco con los *relational contracts*⁴⁰.

³⁷ Ver DE LA CUESTA SAENZ, J., “Contratos normativos”, en ALTERINI, A.A., DE LOS MOZOS, J.L. y SOTO, C.A. (dirs.), *Contratación contemporánea*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2001, p. 219, explica su profusa presencia en el Derecho agrario de la vieja CEE y de muchos de sus Estados miembros, especialmente a través de los acuerdos interprofesionales previstos en la regulación de algunas organizaciones comunes del mercado.

³⁸ Ver obra citada en nota 16 *supra*, en la que se examinan, entre otros aspectos, los Códigos de conducta (BECKERS, A., “*Corporate codes of conduct and contract law: a doctrinal and normative perspective*”, pp. 89 y ss.), los contratos en red (MITCHELL, C., “*Network commercial relationships; what role for contract law?*”, pp. 198 y ss.); la normalización mediante standards privados (VERBRUGGEN, P., “*Private regulatory standards in commercial contracts: questions of compliance*”, pp. 284 y ss. y LECZIKIEWICZ, D., “*Private regulation, compliance and reviewability of contracts*”, pp. 323 y ss.).

³⁹ SORO RUSSELL, O., *El contrato normativo: análisis de una categoría*, Universidad Complutense de Madrid-Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, base de la monografía posterior, *Los contratos como fuente de normas. Contratos-marco, contratos normativos, contratos de colaboración*, Madrid, Reus, 2014.

⁴⁰ MC NEIL, I., *The relational theory of contract*, es una recopilación de diversos escritos del autor sobre esa figura, desde el año 1960 hasta el año 2001, CAMPBELL, D. (ed.) col. *Modern legal studies*, Sweet & Maxwell, Londres, 2001.

La corriente teórica indicada ha producido ya muchos frutos y ha inspirado en buena medida la legislación de los Estados miembros de la UE que nos ocupa, así como muchos de los trabajos de la UE y, desde luego, la proyectada Directiva⁴¹.

En consecuencia, la innovación no solamente radica en la represión de las PCD y de otras desviaciones del deseable *iter* contractual (la falta de forma escrita del contrato, por ejemplo) mediante su tipificación como infracciones administrativas sometidas a elevadas multas, sino también en el recurso a la eficacia reguladora y estabilizadora del contrato mediante las redes de contratos y los contratos normativos, que viene a añadirse a la tradicional intervención de la jurisdicción, de la que no son substitutivos, y se mantendrá siempre como último recurso.

De ese conjunto debe esperarse que sirva la mejora del funcionamiento de la cadena de suministro alimentaria, por lo que los juristas debemos aprestarnos a adaptar nuestra metodología, tanto de investigación como de aplicación, a estas realidades para que su eficacia no se vea obstaculizada.

⁴¹ Ver en tal sentido CAFAGGI, F., “*Contractual networks and the small business Act: Towards European Principles?*”, *EUI working*, Paper LAW, no. 2008/15, que señala estos contratos como una realidad intermedia o híbrida de organización situada entre las autoridades y los mercados, de los que difieren por su carácter identificable porque sus agentes no son impersonales. Tales redes se caracterizan por su interdependencia, estabilidad, larga duración y multiplicidad. Desde el punto de vista del análisis económico el mismo autor ha editado la monografía de varios autores *Contractual networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, Edward Elgar Publishing, Londres, 2011, y es coautor junto con IAMICELI, P., del anexo F de la evaluación de impacto del Proyecto de Directiva (*Specific regulations on unfair trading practices in Member States in the business-to-business retail supply chain*)

Desde un punto de vista exclusivamente jurídico privado véase la reciente monografía SPOTO, G., *I contratti di rete tra imprese*, Turín, ed. Giappichelli, 2017.

La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo formulada por la Comisión, en torno a la cual se ha venido esbozando la paralela evolución del Derecho español, continúa su proceso⁴², dentro del cual, el Parlamento Europeo formuló el pasado 10 de octubre sus enmiendas⁴³. Tales enmiendas extienden su ámbito todos los productos agrarios, y a agentes que no son PYME, como las asociaciones de suministradores. Así mismo aumentan la lista de PCD prohibidas, contemplan expresamente procedimientos alternativos de resolución de conflictos, y establece una red de aplicadores bajo la dirección de la Comisión.

El proceso legislativo puede dilatarse en el tiempo, especialmente si el Consejo no admite todas las enmiendas, pero, más tarde o más temprano, es de esperar que se complete el tejido que mejore el funcionamiento de la cadena de suministro alimentario, en la dirección que apuntan estas líneas.c

⁴² Se ha calificado la codecisión en que consiste nuevo proceso legislativo europeo, como “trílogos” por intervenir propuesta de la Comisión, enmiendas del Parlamento y aprobación del Consejo, Ver GUILLEM CARRAU, J., “Modos y cauces de decidir el nuevo derecho agrario de la UE (PAC post 2013)”, en *La nueva PAC 2014-2020. Un enfoque desde el Derecho Agrario*, Valencia, Universitat Politècnica de Valencia, 2015, p. 3.

⁴³ (COM(2018)173-C8-0139/2018-2018/0082 COD)