

## Noticias jurídicas más relevantes para el sector de productos de consumo

Julio 2020



Queridos amigos:

Les adjuntamos nuestra última alerta sobre las novedades más relevantes de los últimos meses en el sector de la fabricación y distribución de productos de consumo.

En esta edición destacamos los recientes casos de la Autoridad Británica de la competencia donde se sanciona a la gran mayoría de fabricantes de instrumentos musicales, las principales novedades sobre plataformas digitales en el panorama europeo y las recientes investigaciones en el sector de los productos de gran consumo, así como la publicación de los compromisos propuestos por la central de compras Horizon a la Autoridad Francesa de la competencia. Además, comentamos el anteproyecto de ley que modifica la Ley de la cadena alimentaria para la incorporación en España de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales.

Les invitamos a descubrir también nuestra nueva sección de “Destacados” en la que recordamos algunas de las noticias más importantes de los últimos meses en nuestra área.

Confiamos en que sea de su interés y nos ponemos a su disposición para cualquier duda que puedan tener.

El equipo de Derecho de la competencia de Marimón Abogados

## La autoridad británica (CMA) sanciona por primera vez a un distribuidor por fijación de precios de reventa mientras exime del pago de la multa al fabricante por acogerse al programa de clemencia

Siguiendo con la sucesión de sanciones a fabricantes de instrumentos musicales, el pasado 29 de junio, la CMA impuso una multa de 5,5 millones de libras a los fabricantes de baterías electrónicas y equipos de música, [Roland y Korg](#). Las prácticas sancionadas habrían consistido en la restricción de los descuentos en la venta online de sus instrumentos y equipos musicales a sus distribuidores, lo que eliminaba en gran medida la competencia en precios entre éstos.

Se trata de la misma infracción por la que se sancionó al fabricante de guitarras [Fender](#) con una multa de 4,5 millones de libras en enero y al de teclados y pianos [Casio](#), con 3,7 millones el pasado agosto. Así, hasta la fecha, las sanciones impuestas a los operadores líderes en este sector alcanzan los 13,5 millones de libras.

Por otro lado, en este mismo sector, la CMA ha anunciado su primer caso de fijación de precio de reventa, incoando **también a un distribuidor**, por haber acordado con el fabricante que le suministraba que no aplicaría descuentos de los precios *online* o que no vendería por debajo de un determinado precio ciertos instrumentos musicales (se trata del distribuidor de instrumentos musicales [GAK](#), quien se coordinó con Yamaha). En esta ocasión, Yamaha ha sido exonerada del pago de la multa, en la medida en que fue quien puso en conocimiento de la CMA las conductas anticompetitivas descritas.



## El Supremo alemán da provisionalmente la razón al Bundeskartellamt (BKA) en el caso Facebook

En anteriores *newsletters* hemos ido informando de las derivadas del caso alemán contra Facebook, el cual suscita muy novedosas cuestiones para el Derecho de la competencia. ¿Puede situarse al consumidor y sus datos en el centro de un análisis de competencia, aunque no exista daño para los competidores? ¿Cómo se establece la dominancia en un mercado sin precios? Etc.

Todavía en sede cautelar, se ha producido en junio de 2020 una novedad más. El Tribunal Supremo alemán ha desautorizado (vid. [aquí](#)) al Tribunal regional de Dusseldorf (vid. [aquí](#)) y ha confirmado, por el momento, la opinión originaria de la autoridad de competencia alemana (vid. [aquí](#)).

Hasta ahora solo contamos con la nota de prensa del Tribunal de Karlsruhe, pero de ella extraemos dos pronunciamientos taxativos e interesantísimos:

- **El Supremo alemán dice no albergar duda de que Facebook es dominante en el mercado alemán de redes sociales.** La afirmación resulta llamativa por rotunda, considerando innecesario su desarrollo.
- **Tampoco hay duda, según el alto tribunal, sobre el abuso de dicha posición.** La clave está en que los términos y condiciones de Facebook resultan abusivos si no dejan a los usuarios ningún margen para la elección (i) respecto al uso que se haga de sus datos fuera de Facebook; y (ii) respecto al nivel de personalización de sus perfiles a través de los datos que sí deciden compartir en Facebook.<sup>1</sup>

Dice el Tribunal que, ante la ausencia de alternativas para los usuarios, la competencia no puede ejercer su función de controlar las actuaciones del operador dominante, de modo que la explotación del usuario y de sus datos resulta todavía más nociva. De acuerdo con la investigación del BKartA, un número significativo de usuarios desearía compartir menos datos si existiera alternativa, pero simplemente carece de opción.

Siendo cierto que en el mercado de las redes sociales el efecto de red resulta determinante para operar, puesto que el número de usuarios es la clave de bóveda del negocio, la conducta de Facebook -acceder y utilizar cada vez más datos de los usuarios- contribuye a reforzar e incrementar el efecto de cierre en el mercado. Y ello puede afectar asimismo al mercado de la publicidad online, mediante el que Facebook se financia, puesto que también es dependiente del volumen de datos de los usuarios manejado.

---

<sup>1</sup> Llamamos la atención sobre la distinta posición del Tribunal de Dusseldorf que asumía que los usuarios sí se leen los Términos y Condiciones del servicio y pueden libremente decidir no utilizarlo. La reciente investigación de la CMA británica confirma que pocos se los leen y no es razonable esperar lo contrario: ([apdos. 13 y 39](#)).

A la vista de esta decisión, **Facebook está obligado a modificar sus Términos y Condiciones**. Recordemos que la orden del BKartA permitía que Facebook siguiera recopilando datos para llevar a cabo sus servicios, pero prohibía que la plataforma combinara los datos de fuentes terceras con los propios sin consentimiento expreso del usuario. Ahora Facebook vuelve a estar obligada a presentar una propuesta de adaptación de sus mecanismos de funcionamiento a ese mandato. Ello, claro está, siempre que el Tribunal regional de Dusseldorf no resuelva de otro modo el fondo del asunto en el interín...

La decisión de Karlsruhe es trascendente por muchos motivos, de los que enfatizaremos dos: (i) se confirma una vez más la priorización de la agenda digital de las autoridades de competencia; y (ii) se pone al consumidor/usuario de servicios digitales en el centro del análisis de competencia. Acertada o no, es esta una disyuntiva que viene llevando de cabeza a las autoridades de competencia en los últimos años.<sup>2</sup>



<sup>2</sup> <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/05/SG-Project-comp-cp-priv-scoping-paper.pdf>

## El tercer pilar de la estrategia digital: *New Competition Tool*

El pasado día 2 de junio, la Comisión lanzó tres iniciativas destinadas a dotarla de instrumentos para actuar en los mercados digitales, siguiendo los pasos de la autoridades de defensa de la competencia [alemana](#) y [francesa](#).

Las dos primeras pertenecen al ámbito del Mercado Interior y son parte de la llamada Ley de Servicios Digitales que la Comisión anunció en febrero en su Comunicación "[Una estrategia europea de datos](#)". Se trata, por un lado, de un [marco regulatorio](#) "ex ante de las grandes plataformas en línea que actúan como guardianas" y, por otro lado, de [nuevas normas](#) para "profundizar en el mercado interior y aclarar las responsabilidades de los servicios digitales."

La propuesta de NCT (por sus siglas en inglés, *new competition tool*) complementa ambas iniciativas mediante un "enfoque holístico y global" que comprendería los siguientes vectores:

- la aplicación continuada de los artículos 101 y 102 del TFUE y el recurso a medidas provisionales cuando proceda;
- la posible reglamentación *ex ante* de las plataformas digitales, incluidos requisitos adicionales para aquellas que desempeñen una función de guardián o control de acceso (*gatekeeper*); y
- el NCT para hacer frente a los problemas estructurales de la competencia en todos los mercados que, según la Comisión, las normas de competencia actuales no le permiten abordar o tratar eficazmente. El ejemplo recurrente son los mercados que la Comisión cree susceptibles de volcar o zozobrar (*tipping markets*).

La Comisión ha abierto una [consulta pública](#) sobre los dos últimos aspectos. En cuanto al NCT, ha publicado una evaluación inicial de sus efectos.

La Comisión plantea aplicar el NCT a dos grandes áreas que, dice, no puede afrontar sea en absoluto (estrategias de monopolización de empresas no dominantes) sea de manera eficaz (estrategias de apalancamiento paralelo de empresas dominantes en varios mercados adyacentes). La distinción entre ambas áreas es si el daño (i) está a punto de afectar al mercado; o (ii) ya lo ha afectado:

- (i) Los riesgos estructurales para la competencia derivan de determinadas características del mercado (por ejemplo, los efectos de red y escala, la falta de efectos de "*multi-homing*" y "*lock-in*") o de la conducta de las empresas que en él operen, y amenazan la competencia creando posiciones arraigadas y/o de "*gatekeeper*". La Comisión también se refiere a las estrategias unilaterales de empresas no dominantes para monopolizar un mercado por medios anticompetitivos.
- (ii) En cuanto a la falta estructural de competencia o mercados disfuncionales, la Comisión alude a mercados (a) que adolecen de taras como una alta concentración y barreras de entrada, el bloqueo de los consumidores, la falta de acceso a los datos o su acumulación; y (b) cuyas estructuras oligopolísticas o transparencia facilitan la colusión tácita.

### Andar por cuatro caminos...

La consulta plantea cuatro opciones normativas, todas las cuales estarían basadas en el artículo 103 TFUE en combinación con el artículo 114 TFUE, que la Comisión no utilizaba en materia de Competencia desde la liberalización de los mercados de telecomunicaciones y postales, hace varios lustros. Ninguna de estas opciones prevé constatar una infracción del artículo 102 TFUE ni imponer multas ni, por ende, demandas *follow-on* para reclamar daños y perjuicios:

- **Instrumento 1**, para abordar los problemas de competencia derivados de la conducta unilateral de las **empresas dominantes en cualquier mercado**, antes de que dichas empresas consigan excluir a sus competidores o aumentar sus costes. El instrumento permitiría a la Comisión, cooperando estrechamente con las autoridades nacionales, imponer soluciones de comportamiento y, cuando proceda, estructurales.
- **Instrumento 2**, igual al primero salvo que estaría **limitado a determinados sectores** en los que la Comisión considere más frecuentes los susodichos problemas estructurales, como puedan ser ciertos mercados digitales.
- **Instrumento 3**, de aplicación general **en cualquier mercado**, para identificar y remediar problemas estructurales que el Derecho de la Competencia actual no permita abordar eficazmente. A diferencia de las dos primeras opciones, este instrumento **no se limitaría a empresas dominantes**, permitiendo a la Comisión imponer remedios de comportamiento y estructurales, además de recomendar legislación para mejorar el funcionamiento del mercado en cuestión.
- **Instrumento 4**, igual al anterior, pero limitado a **determinados sectores**.



### ... ¿para llegar a dónde?

Por mucho que la fecha de lanzamiento de la consulta se haya fijado hace meses, requiere cierto valor realizarla cinco días después del sonado batacazo de la [sentencia en el asunto CK Telecoms](#).

El Tribunal General anuló una decisión de la Comisión por constatar sin mucho fundamento que una concentración obstaculiza “*de forma significativa la competencia efectiva*”, que es el criterio muy amplio que establece el artículo 2.3 del Reglamento 139/2004. Indudablemente, apreciar “*riesgos*

*estructurales*” también daría a la Comisión un muy amplio margen de apreciación, no acotado por los artículos 101 y 102 TFUE y su interpretación por los tribunales de la Unión.

Además, el NCT plantea interrogantes en cuanto a la carga de la prueba de esos “*riesgos estructurales*” que pretende remediar, la previsibilidad de una intervención de la Comisión y la legitimidad, proporcionalidad y eficacia de las soluciones que pueda decidir imponer, posiblemente hasta la reestructuración de toda una industria, sin ninguna experiencia previa. Está muy bien excluir demandas *follow-on* por daños concurrenciales, pero la incertidumbre no sólo es cuestionable desde la óptica jurídica, sino también amenaza con afectar la inversión, sobre todo en los mercados digitales que la Comisión se propone, precisamente, potenciar.

### Calendario

La Comisión solicita respuestas a la consulta pública antes del 8 de septiembre de 2020. Además, organizará talleres con el fin de recabar las opiniones de determinados grupos de interesados, por ejemplo, las autoridades nacionales de la competencia y las organizaciones de consumidores, a lo largo de este año. Tras evaluar los resultados, es probable que la Comisión presente una propuesta legislativa a finales de 2020.

## El Tribunal General y la manzana de la discordia

El 15 de julio de 2020, el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) [anuló la decisión](#) de la Comisión Europea que ordenaba a Irlanda recuperar unos 13.100 millones de euros más intereses (en total, unos 14.300 millones) de ayudas supuestamente concedidas a Apple en forma de liquidaciones fiscales.



### La ingeniería fiscal

Apple había creado dos filiales irlandesas, ASI y AOE, que no eran residentes fiscales en Irlanda, pero no tenían presencia física y empleados en ningún otro lugar. En cambio, ambas sí habían establecido sucursales en Irlanda. La sucursal irlandesa de ASI adquiría y distribuía productos Apple en buena parte del mundo, mientras que la de AOE fabricaba y montaba en Irlanda productos Apple para su venta, entre otras regiones, en Europa. En Irlanda, las empresas no residentes activas a través de una sucursal pagaban el impuesto de sociedades sobre (i) los beneficios derivados de la actividad atribuible a la sucursal; y (ii) todos los ingresos de la propiedad o los derechos controlados por dicha sucursal.

### La decisión

En Circulares de 1991 y 2007, la Agencia tributaria irlandesa había establecido la metodología para determinar los beneficios imposables de ASI y AOE. La mayoría de los ingresos, asignados a sus sedes centrales no residentes, no tributaban. La Comisión consideró que la asignación

de beneficios se apartaba del régimen normal del impuesto de sociedades irlandés y de las directrices de la OCDE sobre precios de transferencia, constituyendo una ayuda ilegal (es decir, no notificada) a Apple. En opinión de la Comisión, si las sucursales irlandesas eran la única presencia física de ASI y AOE en el mundo, difícilmente podían asignarse beneficios a ninguna otra entidad. Por eso, tras dos años de investigación [ordenó recuperar la supuesta ayuda](#).

### La sentencia

La sentencia confirma una serie de principios que son clave para que la Comisión pueda aplicar la normativa de Ayudas en materia fiscal:

- dicha aplicación no afecta la soberanía fiscal del Estado Miembro, por mucho que la falta de armonización fiscal en la UE sea lo que induce a la Comisión a actuar;
- para determinar la existencia de Ayudas, la Comisión puede comparar la liquidación individual al régimen general del impuesto en cuestión y aplicar herramientas desarrolladas por la OCDE, como sus directrices sobre precios de transferencia o el principio de plena competencia (de consonancia con las condiciones comerciales de acuerdos entre empresas independientes).

En cambio, el TGUE no deja títere con cabeza en cuanto al análisis concreto de la Comisión, a pesar de que ésta mareó la perdiz con tres motivaciones distintas: la primaria, una subsidiaria y otra alternativa, cada una de las cuales llevaba a una cuantificación distinta de la supuesta ayuda a Apple.

- Motivación principal: los beneficios derivados de los derechos de propiedad industrial que manejan ASI y AOE deberían ser imposables en Irlanda, cuya normativa fiscal sólo lo prevé si las sucursales irlandesas controlaran realmente tales derechos, porque ASI y AOE sólo estaban presentes allí.

El TGUE descarta esta motivación porque la Comisión no había demostrado que los beneficios derivaban de actividades de las sucursales irlandesas ni que fueran representativos del valor de dichas actividades. En realidad, las decisiones estratégicas del Grupo Apple se toman en la sede central en EE.UU., y las filiales y sucursales extranjeras se limitan a aplicarlas.

- Motivación subsidiaria: al margen de los derechos de propiedad industrial, con las directrices sobre precios de transferencia de la OCDE en la mano, los beneficios asignados a las sucursales irlandesas eran demasiado bajos.

Nuevamente, el TGUE discrepa de la apreciación de la Comisión, que había exagerado la importancia de la actividad de las sucursales irlandesas y había considerado, sin fundamento, que algunos errores cometidos por la agencia tributaria eran indicativos de una ventaja selectiva para Apple.

- Motivación alternativa: comparando el trato a Apple con las normas para empresas no residentes (y no con la normativa general del impuesto de sociedades, como en realidad



corresponde), la Comisión concluyó que la agencia tributaria irlandesa tenía un margen de discrecionalidad excesivo en cuanto a la asignación de beneficios.

El TGUE tampoco consideró probado este criterio de ventaja selectiva.

### Moraleja

La Comisión se lanzó a la aventura de aplicar la normativa de Ayudas para paliar la falta de armonización fiscal en la UE, que ofrece gangas como el impuesto de sociedades irlandés. El TGUE ha confirmado su jurisprudencia *Fiat* y *Starbucks*, confirmando que la Comisión puede aplicar dicha normativa a decisiones nacionales en materia tributaria. Pero al igual que en aquellos precedentes, la Comisión se topó con el requisito de que una ayuda sea “selectiva”, es decir que se aparte de la estructura general del impuesto de sociedades. Consiguió probar tal selectividad del trato que Luxemburgo deparó a Fiat. Pero en Irlanda, el impuesto de sociedades es... una ganga siempre. Apple, según el Tribunal General, recibió el mismo trato que cualquier otra empresa.

Bien es cierto que el TGUE anula la decisión por insuficiencia de pruebas, pero eso es una dificultad más, no menos, para recurrir la sentencia, porque se trata de una cuestión de hecho, no de Derecho. Por ese motivo, la Comisión no apeló la sentencia relativa a la tributación neerlandesa de Starbucks.

El caso es que la UE tiene un problema de paraísos fiscales que, con las herramientas de que dispone, es difícil de resolver. Por eso, la única buena noticia para la Comisión es que la sentencia ha vuelto a colocar la armonización fiscal europea, sobre todo del impuesto de sociedades, en el centro del debate. Si los Estados miembros se aviniesen a cooperar para alcanzar este objetivo, la Comisión podría prescindir de investigaciones como la de Apple.



## El mirón, ¡chitón!

El pasado día 22 de julio, tras una consulta pública, la Comisión Europea publicó sus muy esperadas [directrices](#) sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE.

La [Directiva de Daños](#) obligó a los Estados miembros a asegurar que sus jueces y tribunales tuvieran la facultad de ordenar la divulgación de pruebas en posesión de las partes del litigio o de terceros, siempre que la reclamación de daños y perjuicios fuera plausible, las pruebas solicitadas fueran pertinentes y la solicitud de divulgación fuera proporcionada. España cumplió con esa obligación introduciendo en la Lec una Sección 1.<sup>a</sup> bis titulada: “*Del Acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia*”, dentro del capítulo dedicado a la prueba de los procedimientos declarativos - artículos 283bis a) a k).

Sin embargo, la institución de lo que el mundo anglosajón denomina *discovery* es nueva en España, debido a la cual los jueces suelen ser reacios a ordenar la exhibición de tales pruebas. El nuestro será, pues, uno de los Estados miembros en los que la orientación que ahora facilita la Comisión será particularmente bienvenida.

Para apoyar a los tribunales nacionales en su tarea, las directrices, tras recordar la existencia de una “lista negra” de documentos no susceptibles de difusión entre las partes (artículo 6.6 de la Directiva de Daños, incluyendo muy particularmente las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción), presentan una serie de medidas a las que recurrir, discutiendo extensamente la conveniencia de cada una de ellas. Entre estas medidas destacaríamos las siguientes:

- editar los documentos exhibidos o “censura” (sic: puntos 36 y ss.);
- restringir el número de personas que puedan acceder a ellos, es decir, crear “círculos de confidencialidad” (puntos 50 y ss.), que guardan semejanza con los *clean teams* a efectos de negociaciones o *due diligence*;
- nombrar a expertos (puntos 86 y ss.); y
- celebrar vistas a puerta cerrada (puntos 101 y ss.).

En términos jurídicos, las nuevas directrices no vinculan a los tribunales nacionales ni modifican las normas procesales civiles de los Estados miembros. En términos prácticos, la medida es muy de agradecer.

## Se publican los compromisos propuestos por la central de compras Horizon

En los últimos años, las grandes cadenas de distribución han alcanzado acuerdos de compra con el fin de aumentar el volumen de suministro y obtener mejores condiciones comerciales de los proveedores. Según los casos, este tipo de acuerdos puede incluir la compra conjunta de productos de marca del fabricante (MDF), la prestación conjunta de servicios en beneficio de los proveedores o la compra conjunta de productos de marca de distribuidor (MDD).

En este contexto, la Autoridad francesa de la competencia, haciendo uso de las facultades que le reconoce la conocida como Ley Egalim<sup>3</sup>, [anunció](#) el inicio de una investigación a la central de compras formada por las cadenas de distribución Casino, Auchan, Metro y Schiever, conocida como Horizon, a fin de evaluar el impacto competitivo que podía tener en el mercado, tanto en relación con los proveedores como en los consumidores. Fruto de esta investigación, la autoridad detectó los siguientes problemas:

- debilitar la posición de los proveedores, reduciendo su capacidad de inversión e innovación en relación con los productos MDD y perjudicando así a los consumidores; y
- reducir la intensidad de la competencia entre los distribuidores, así como los incentivos para competir en el futuro, pues como consecuencia de la cooperación los distribuidores comercializarían productos MDD con características muy similares.

El pasado 25 de junio se publicaron los [compromisos](#) propuestos por las investigadas, con los que pretenden resolver los problemas de competencia detectados por la autoridad. En definitiva, las cadenas de distribución han propuesto a la autoridad una **reducción del alcance de la cooperación**, que se traduce en los compromisos siguientes:

- excluir de la cooperación determinadas familias o subfamilias de productos durante un periodo de 5 años (en particular, este compromiso afectaría principalmente a productos agrícolas tales como la leche, huevos, carne...); y
- limitar la cooperación al 15% del volumen de mercado para varias familias de productos (entre otros, patatas, harina, azúcar...).

Hasta el próximo 27 de julio se invita a terceros interesados como proveedores, marcas competidoras o asociaciones de consumidores a presentar observaciones sobre los compromisos propuestos.

---

<sup>3</sup> Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous



## Nuevas investigaciones a fabricantes y distribución de productos de consumo

### Investigaciones por *Hub & Spoke* en Portugal

El [25 de junio](#), la autoridad portuguesa de la competencia (AdC) emitió un Comunicado en el que anuncia que está llevando a cabo una investigación frente a tres de las cadenas de distribución en Portugal (Modelo Continente, Pingo Doce y Auchan), así como frente al fabricante de pastelería y bollería Bimbo Donuts por prácticas que podrían ser restrictivas de la competencia.

La AdC señala que existen indicios de que los distribuidores mantuvieron contactos bilaterales con el fabricante con el objetivo de fijar un mismo precio de venta al público para los productos de este último.

Esta práctica conocida como *hub&spoke*, en la que los distribuidores alcanzan un acuerdo sobre precios de forma indirecta a través de un proveedor común, motivó ya en 2019 que la AdC iniciase diversas investigaciones en el sector de la distribución alimentaria, investigaciones que actualmente siguen en curso.

### Investigaciones en el sector de alimentación y bebidas en Grecia

La autoridad griega de la competencia ha anunciado que el pasado 23 de junio realizó inspecciones en las sedes -ni más ni menos- de 38 empresas activas en el sector de la alimentación y las bebidas en Grecia en el marco de una investigación de oficio iniciada a resultas de una queja.

Estas inspecciones vienen motivadas por de indicios de una serie de prácticas anti-competitivas comprendidas en la normativa de competencia griega y en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. No obstante, señala la autoridad que estas inspecciones no prejuzgan el resultado de la investigación.

## Anteproyecto de reforma de la ley de la cadena alimentaria para fortalecer la posición negociadora de agricultores y ganaderos

El pasado 30 de junio, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, sometió a informe el anteproyecto de ley que modifica la Ley de la cadena alimentaria<sup>4</sup> para incorporar las previsiones de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales<sup>5</sup> en el sector agroalimentario.

Esta nueva propuesta completa la reforma iniciada en febrero con el Real Decreto Ley 5/2020, que prohíbe la compra a pérdida y la destrucción del valor de los productos a lo largo de la cadena y que comentamos [aquí](#). En esta ocasión pretenden incorporarse medidas para dotar de mayor transparencia la formación de los precios en los distintos eslabones de la cadena, reforzar la posición negociadora de los operadores primarios y fomentar un reparto justo del valor añadido.

El anteproyecto recoge como principales medidas las siguientes:

- **Se añaden extremos que deben contener los contratos alimentarios** y se incluyen, entre otras, las menciones a excepciones por causa de fuerza mayor, penalizaciones contractuales por no conformidades, incidencias u otras circunstancias o la duración del contrato y las condiciones para su renovación y modificación;
- **Se amplía la lista de prácticas comerciales consideradas desleales.** Se establece una extensa lista de prácticas prohibidas, entre las que se encuentran la cancelación de un pedido de productos agrícolas y alimentarios perecederos, dentro de los 30 días previos al momento señalado para su entrega por el vendedor; que se exija al proveedor pagar por el deterioro o pérdida de productos cuando la propiedad ya ha sido transferida al comprador; que una de las partes se niegue a confirmar por escrito los términos de un contrato de compraventa acordados o que se amenace con represalias comerciales si una de las partes decide ejercer sus derechos contractuales o legales.
- **Se incorporan nuevas infracciones para asegurar la mejor aplicación y eficacia de la norma.** En definitiva, se tipifican como infracciones todas aquellas prácticas establecidas como obligatorias en el mismo texto legal, pero se añaden como infracciones graves el incumplimiento de la obligación de suministrar in-

<sup>4</sup> Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria

<sup>5</sup> Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo

formación cuando ésta sea requerida por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones (o hacerlo de forma engañosa) y cualquier otro tipo de obstrucción a la inspección.

Cabe destacar, también, que la protección contra las prácticas desleales prevista en la norma será siempre de aplicación cuando uno de los operadores interviniente en la relación comercial esté establecido en España, lo que reforzará la protección a los operadores nacionales en un sector enormemente vinculado al comercio internacional.

Está previsto que el texto se remita a las Cortes Generales para aprobación el próximo otoño, una vez aprobado por el Consejo de Ministros y tras las correspondientes consultas a las Comunidades Autónomas, al Consejo Económico y Social, al sector, a la CNMC y al Consejo de Estado.

## **El Tribunal Supremo confirma que puede sancionarse la intervención de una empresa en un cártel, aun cuando no sea competidora directa del resto de participantes**

El pasado 21 de mayo, el Tribunal Supremo (TS) [revocó](#) una sentencia de la Audiencia Nacional que anulaba una multa de 0,8 millones de euros impuesta por la CNMC a un fabricante de textiles (Texpol) por su participación en el cártel de pañales para adultos ([Expte. S/DC/0504/14 AIO](#)) y dictaminó que es posible sancionar la intervención de un operador en un acuerdo anticompetitivo, aunque no sea un competidor directo en el mercado de referencia, pero sí en un mercado vinculado o conectado al mismo.

En ese caso, la Audiencia Nacional [consideró](#) acreditada la participación de la empresa en la conducta infractora, que consistió en la adopción de acuerdos de fijación de precios y condiciones de distribución de pañales a través de farmacias, pero excluyó su responsabilidad al considerar que no operaba en el mismo mercado, por cuanto operaba en el canal hospitalario e institucional.

La CNMC apeló la sentencia y el TS ha considerado que existe interés en aclarar el grado de responsabilidad atribuible a una empresa que tiene conocimiento de un acuerdo anticompetitivo o que lo facilita, pero que no es un competidor directo en el mismo mercado que el resto de participantes.

Como ya hemos anticipado, el TS concluye que, aunque la empresa sancionada no opere en el mercado principal afectado, si su participación -como fue el caso- facilita la adopción del acuerdo ilegal, aunque no obtenga un beneficio explícito directo, pero con su presencia e intervención benefició al cártel, siquiera de forma indirecta, es posible considerarla responsable por su participación en el cártel e imponerle la sanción que corresponda.

Otros DESTACADOS de los últimos meses...

#### - Sobre reclamaciones de daños por infracciones de competencia

La Asociación denominada Unión de Pequeños Agricultores (UPA) de Ávila se ha puesto a [disposición](#) de sus asociados para encargarse de la interposición de demandas para reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el cártel sancionado por la CNMC en el que estuvieron implicadas la gran mayoría de industrias lácteas.

#### - Inspecciones

La CNMC ha [iniciado](#) dos expedientes sancionadores contra Atresmedia por publicidad encubierta y emplazamiento de producto en televisión que se produjeron en los programas “Viajeras con B” en La Sexta y “El Contenedor” en Antena 3. Las prácticas investigadas habrían consistido en el caso de La Sexta en la muestra del nombre de una oficina de una reconocida agencia de viajes en una carpeta con documentación del itinerario de un viaje concreto sin advertir al espectador de la naturaleza publicitaria del contenido y, en el caso de Antena 3, se mostraron en numerosas ocasiones las marcas de distintas empresas de mudanza sin haber informado al público del emplazamiento del producto.

Por su parte, la Comisión Europea ha abierto formalmente dos investigaciones contra Apple, con el objetivo de evaluar si las normas para la distribución de aplicaciones a través de su [App Store](#) y las prácticas con [Apple Pay](#) están incumpliendo la normativa europea de competencia, en concreto los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento.

La Autoridad italiana de la competencia ha iniciado también investigaciones formales frente a Apple Italia y en este caso también frente a Amazon Italia por posibles acuerdos anticompetitivos consistentes en prohibir la venta de productos de marca Apple y Beats en Amazon a aquellos distribuidores no autorizados de Apple.

#### - Control de concentraciones

La CMA británica ha dado [luz verde](#) a la operación de concentración entre las empresas de comida a domicilio Just Eat y Takeaway.com. Just Eat es uno de los principales operadores en el sector en Reino Unido y Takeaway.com opera en 11 países, pero no ha estado activa en Reino Unido desde su salida en 2016. Pese a que la Autoridad ha valorado las potenciales presiones competitivas que podría ejercer Takeaway.com, ha concluido que no existe probabilidad de que Takeaway.com vuelva a operar en Reino Unido en el futuro.

Noticias jurídicas más relevantes para  
el sector de productos de consumo

Julio 2020



**Marimón Abogados** es un despacho fundado en 1931 que ofrece servicios legales en todas las áreas del Derecho y que cuenta con oficinas en Barcelona, Madrid y Sevilla. Nuestro despacho se ha adaptado a los cambios del mercado legal, creando departamentos especializados que cuentan con una dilatada experiencia de acompañamiento a nuestros clientes en su actividad diaria.

- Administrativo y regulatorio
- Concursal
- Fiscal
- Laboral
- Penal
- IP & IT
- Competencia
- Financiero
- Inmobiliario
- Mercantil y societario
- Procesal
- Urbanismo & Medio Ambiente

Nuestros Desks



Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta alerta pueden contactar con:

- Diego Crespo  
[dcrespo@marimon-abogados.com](mailto:dcrespo@marimon-abogados.com)
- Yolanda Martínez  
[ymartinez@marimon-abogados.com](mailto:ymartinez@marimon-abogados.com)
- Maialen Hernández  
[mhernandez@marimon-abogados.com](mailto:mhernandez@marimon-abogados.com)
- Stefan Rating  
[srating@marimon-abogados.com](mailto:srating@marimon-abogados.com)
- Andrea Gutiérrez  
[agutierrez@marimon-abogados.com](mailto:agutierrez@marimon-abogados.com)

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborada por Marimón Abogados. La información que se incluye no constituye asesoramiento jurídico alguno. Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, en su totalidad o de forma extractada, sin previa autorización.