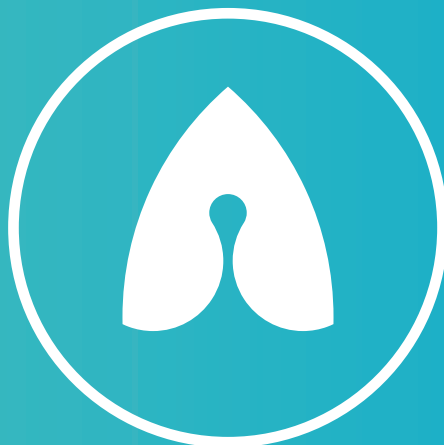


INFOCAP

Información B2B de valor



# ANUARIO DE LA INNOVACIÓN 2022

LA PUBLICACIÓN MÁS LEÍDA DEL GRAN CONSUMO

42.763 descargas directas ed. 2021



PATROCINAN





# REFLEXIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DESTRUCCIÓN DE VALOR EN LA CADENA: POSIBLE INCOMPATIBILIDAD CON EL DERECHO EUROPEO



**Diego Crespo** - Socio en Marimón Abogados 

La reciente Ley 16/2021, de 14 de diciembre, ha supuesto una reforma importante de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (en adelante, la “LCA”).

Aprovechando la necesidad de transponer de la Directiva (UE) 2019/633, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario, el legislador español ha introducido en nuestra LCA diversos cambios de calado adicionales a los previstos en la Directiva; por ejemplo, la obligación de registro de los contratos con los productores primarios (art. 11 bis); el establecimiento de un plazo máximo de dos meses posteriores al vencimiento para la renovación del contrato alimentario (art. 9 bis) —aunque no se haya previsto sanción en caso de incumplimiento—; una (farragosa) reforma de las reglas sobre los pactos sobre actividades promocionales (art. 12 bis) o la modi-

ficación y ampliación de los supuestos de prohibición de destrucción de valor en la cadena (art 12 ter), que ahora contempla no solo la denominada “prohibición de compra a pérdida” sino también la “prohibición de venta a pérdida”.

En el presente artículo nos vamos a centrar en esta última cuestión. Analizaremos las diferencias entre los dos modelos, sus importantes carencias que nos llevan a anticipar numerosos problemas a la hora de su aplicación práctica y, sobre todo, las razones por las que consideramos que existe un riesgo nada despreciable de que ambas figuras, por motivos muy distintos, sean nulas por ser contrarias al Derecho europeo.

**LA DESTRUCCIÓN DE VALOR EN LA CADENA EN LA LCA.** Veamos lo que dice el nuevo artículo 12 ter:

«1. Con el fin de evitar la destrucción del valor en **la cadena alimentaria**, cada operador de la misma deberá pagar al operador inmediatamente anterior un precio igual o superior al coste de pro-

*ducción de tal producto en que efectivamente haya incurrido o asumido dicho operador. La acreditación se realizará conforme a los medios de prueba admitidos en Derecho.*

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

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

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

5. El operador que realice la venta final del producto al consumidor en ningún caso podrá repercutir a ninguno de los operadores anteriores su riesgo empresarial derivado de su política comercial en materia de precios ofertados al público.»

Por consiguiente:

- En el apartado 1 se mantiene la redacción sobre la **prohibición de compra a pérdida** (en adelante, la “PCAP”) o compra por debajo del coste efectivo de producción -la cual se introdujo en la LCA por el Real Decreto-Ley 5/2020, de 25 de febrero, convalidado posteriormente por la Ley 8/2020, de 16 de diciembre- aunque, en este caso, los cambios operados por la Ley 16/2021 se han incluido en el artículo 9 sobre “Condiciones contractuales”;
- En los apartados 2 a 4 se añade la prohibición de **venta a pérdida** (en adelante, la “PVAP”) o venta a un precio inferior al *precio real de adquisición*, y que afecta únicamente a los operadores minoristas que venden a los consumidores finales.
- Finalmente, en el apartado 5 se mantiene la prohibición de que los minoristas repercutan los riesgos de sus estrategias de precios de venta al público sobre los operadores que operan en los eslabones anteriores de la cadena -al estar redactada en términos tan poco concretos, esta prohibición



LAS PROTESTAS DEL SECTOR PRIMARIO DIERON ORIGEN A LA REFORMA DE LA LEY PARA MEJORAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA ALIMENTARIA.

IMAGEN: TELEMADRID.

tiene nulos efectos prácticos, por lo que no nos detendremos en ella-

**NO CONFUNDIR LA PCAP CON LA PVAP.** Nuestro primer comentario se refiere al riesgo de confundir la PCAP con la PVAP, un error bastante frecuente pese a que se trate de dos figuras que tienen poco que ver<sup>1</sup>.

Ciertamente, las dos prohibiciones tienen un fundamento común: aliviar la presión sobre los precios de venta de los productos alimentarios que tiene lugar a lo largo de la cadena como consecuencia, sobre todo, del poder de compra de la distribución moderna que, se suele argumentar, repercute negativamente en los productores primarios que muchas veces ni siquiera pueden recuperar los costes de producción y, mucho menos, obtener una rentabilidad mínimamente razonable por su trabajo.

Sin embargo, la manera de actuar sobre la cadena de una y otra figura es muy diferente. La PCAP -que es una innovación española- afecta a TODOS los eslabones de la cadena y prohíbe al COMPRADOR pagar al vendedor un precio por debajo del *coste efectivo de producción*, tal y como este se define en el artículo 9 de la LCA. Mientras tanto, la PVAP es una figura muy conocida en los países de nuestro entorno y por todos nosotros pues, de hecho, ya se incluye en otras normas como la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal o LCD

**NO SABEMOS SI EL PRECIO DE COMPRA PAGADO POR UN MINORISTA POR UN DETERMINADO PRODUCTO ALIMENTARIO DEBE SER EL QUE FIGURA EN LA FACTURA O SI TAMBIÉN ES PRECISO CONSIDERAR OTROS DESCUENTOS FUERA DE FACTURA PERCIBIDOS POR LOS DISTRIBUIDORES**

(1) Vid. por ejemplo el informe IPN/CNMC/015/20 de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia disponible en [https://www.cnmec.es/sites/default/files/3127002\\_3.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/3127002_3.pdf).



(artículo 17) y la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación de Comercio Minorista o LOCM (artículo 14). En todo caso, la LCA SOLO afecta a los VENDEDORES MINORISTAS que venden los productos alimentarios al consumidor final un precio inferior a su *precio real de adquisición*.

### **DIFICULTAD DE APLICAR AMBAS PROHIBICIONES.**

El segundo aspecto a destacar se refiere a la dificultad de interpretar determinados conceptos sobre los que descansa cada una de las prohibiciones, lo que puede crear un serio problema de seguridad jurídica para los operadores afectados por esta medida.

Respecto de la **PVAP**, la recién reformada LCA no contiene una definición del *precio real de adquisición* por lo que no sabemos, por ejemplo, si el precio de compra pagado por un distribuidor minorista por un determinado producto alimentario debe ser el que figura en la factura o si, por el contrario, es preciso considerar otros descuentos fuera de factura percibidos por los distribuidores y que también pueden estar vinculados a la compra del producto -por ejemplo, los **descuentos por volumen**-.

Sin duda, este es un elemento fundamental que no se ha abordado y que seguramente va a dar lugar a importantes conflictos a la hora de aplicar la norma. Al respecto, es cierto que el artículo 14 de la LOCM sobre venta a pérdida, en su apartado 2, ya se decanta por considerar únicamente los descuentos en factura, por lo que tendría sentido utilizar esta referencia para interpretar también la PVAP de la LCA. Sin embargo, no creemos que la interpretación analógica en este caso sea tan pacífica. Primero, porque la LCA utiliza el concepto de **precio real de**

**adquisición**, desconocido en la LOCM y que parece obligar al intérprete considerar todos los aspectos que inciden en el precio de compra y no solo los que aparecen en factura. Y segundo porque, como veremos, el acercamiento entre la LCA y la LOCM reforzaría posiblemente la tesis de que la LCA resulta contraria al Derecho europeo al acercarse más a un sistema protector de los derechos de los consumidores.

En cuanto a la **PCAP**, la LCA sí incluye en el artículo 9 una definición del concepto de **coste efectivo de producción**. Sin embargo, esta es insuficiente para permitir una interpretación de la norma que dé un mínimo de garantías a los compradores como destinatarios últimos de la prohibición. En efecto, más allá de que la definición es incompleta -la lista de costes asumidos solo se refiere a los productores primarios y además no es exhaustiva-, esta se refiere a conceptos y datos que solo conoce el vendedor o productor; que pueden variar en el tiempo; y, aún peor, que dependen directamente de las decisiones que adopte el vendedor en cada momento -pues cualquier decisión que este tome sobre cambios de proveedores, contratación de nuevo personal; aumento de salarios; inversiones, etc., va a influir en los costos de producción-. Por tanto, **pese a ser los que corren el riesgo de ser sancionados, los compradores no tienen visibilidad ni control sobre el coste efectivo de producción**, lo que les coloca en una complicadísima situación y supone un grave problema de seguridad jurídica.

**POSIBLE INCOMPATIBILIDAD DE LA PVAP Y DE LA PCAP CON EL DERECHO EUROPEO Y, EN SU CASO, CON LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.** Finalmente, la tercera reflexión que queremos

hacer y la más relevante por las consecuencias que de la misma se derivan tiene que ver con la posible nulidad de las dos figuras por ser contrarias al Derecho europeo.

**La PVAP.** Es posiblemente la gran estrella de la reforma de la LCA de diciembre de 2021 y la gran aspiración del sector primario que venía desde hace mucho tiempo presionando para su incorporación a la regulación de la cadena. Esto se debe a que las **otras dos normas que prohíben la venta a pérdida no resultan efectivas para protegerlos de las presiones que padecen por las estrategias de precios de venta al público, dicen, demasiado agresivas** de algunos distribuidores minoristas.

Hay que tener en cuenta que la prohibición incluida tanto en el art. 17 LDC como en el art. 14 LOCM, tras su modificación en diciembre de 2018, no opera automáticamente, sino que exige que concurra un requisito adicional para que pueda calificarse la venta a pérdida de antijurídica: **la deslealtad**. Y, como señalan ambos artículos, esto solo sucede en determinados supuestos considerados particularmente graves como que la venta bajo coste sea susceptible de inducir a error a los consumidores, que tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o que forme parte de una estrategia para eliminar a un competidor. En todo caso, se trata de situaciones que deben acreditarse debidamente por quien invoca la aplicación de la norma -el demandante en el caso de la LCD o la administración en el de la LOCM-, lo que ha significado en la práctica su neutralización.

El legislador ha querido corregir esta ineficacia de la norma, incorporando a la LCA un tipo objetivo, desprovisto de cualquier consideración subjetiva sobre la deslealtad de la conducta, que permita su **aplicación automática una vez constatada la diferencia matemática entre el precio de venta al público del distribuidor minorista y el coste de adquisición**.

Y, sin embargo, es esta aplicación automática la que plantea un **problema de**

## **LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE LAS PARTES PARA DECIDIR EL PRECIO DEL CONTRATO QUE SE INCLUYEN CON EL RÉGIMEN DE "PROHIBICIÓN DE COMPRA A PÉRDIDA" DESOBEDECEN EL MANDATO EUROPEO SOBRE EL RESPETO A LA LIBRE AUTONOMÍA DE LAS PARTES**



compatibilidad con el Derecho europeo que nos debería resultar familiar. En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el “**TJUE**”) ya dijo en su Sentencia en el asunto C-295/16, refiriéndose a la antigua versión de la LOCM, que una disposición nacional que establece una prohibición general de venta a pérdida sin que se tengan en cuenta los hechos concretos del caso -la deslealtad de la práctica- es contraria a la Directiva 2005/29/CE sobre las relaciones entre empresas y consumidores, y debe ser anulada cuando la disposición tenga como finalidad la protección del consumidor<sup>2</sup>.

Si esto es así, ¿cómo se salva la incompatibilidad de la PVAP con la Directiva 2005/29/CE? El legislador español ha debido de pensar que esto es muy sencillo y que basta con decir que la norma en cuestión -en este caso la LCA y no la LOCM- no busca salvaguardar los intereses de los consumidores, sino “*proteger la capacidad de comercialización de los productores primarios*” (vid. el comienzo del apartado 2).

Esto es lo que se hizo en Bélgica tras otra sentencia del TJUE de 2013 que anulaba la norma sobre la materia de aquel país por ser contraria a la Directiva 2005/29/CE. Para sortear el razonamiento del TJUE, el legislador belga añadió en la norma que la prohibición de venta a pérdida obedece al interés general de “*garantizar prácticas de mercado leales entre las empresas*” y no de proteger a los consumidores (Code de Droit économique - Art. VI. 116. § 1er.).

¿Es esto suficiente? La respuesta no es sencilla y, de hecho, pensamos que el riesgo de incompatibilidad no es despreciable si tenemos que cuenta las numerosas referencias a la protección de los consumidores en la LCA y que el nuevo régimen de PVAP solo afecta a los operadores que tratan con el consumidor final, siendo así que, según las definiciones del artículo 5 LCA, estas relaciones ni siquiera caen en

## DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ADECUACIÓN DE LA NORMA, LA “PROHIBICIÓN DE COMPRA A PÉRDIDA” NO PARECE QUE VAYA A CONSEGUIR LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LA LCA: EVITAR LA DESTRUCCIÓN DE VALOR Y, EN DEFINITIVA, PROTEGER AL SECTOR PRODUCTOR

el ámbito de aplicación de la norma -los consumidores no son operadores de la cadena-.

**LA PCAP.** En este caso, la cuestión de la posible incompatibilidad es todavía más compleja, aunque solo sea porque es más novedosa -no se ha planteado en Derecho español aunque sí, como veremos, en otros países de la Unión-.

En nuestra opinión, existen razones importantes para sostener que la PCAP, al restringir de manera inadecuada y desproporcionada la libertad de las partes para determinar el precio del contrato alimentario, colisiona con el Reglamento (UE) 1308/2013, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios (en adelante, el “**Reglamento OCM**”).

Esto es así, muy en particular, para el **sector lácteo**, que tiene una regulación específica en los artículos 148 a 151 del citado Reglamento. Sin embargo, como expondremos más adelante, entendemos que no cabe excluir que los mismos principios se apliquen *mutatis mutandis* al resto de sectores agroalimentarios.

En efecto, la PCAP introduce una evidente restricción a la capacidad de las partes de determinar libremente uno de los aspectos esenciales de los contratos de compra de leche cruda, al impedir pactar un precio por debajo del coste efectivo de producción -en adelante, el “**CEP**”- del ganadero.

Se trata de una restricción, además, que perjudica tanto al comprador -que tiene que pagar un precio mayor y corre el

riesgo de ser sancionado- como al mismo ganadero que, en momentos concretos del ciclo económico, puede estar interesado también en comercializar temporalmente su producción por debajo del CEP para evitar el mal mayor de verse expulsado del mercado.

Pues bien, esta restricción entra en colisión con los principios de la regulación del sector lácteo tras la reforma de la Política Agrícola Común a partir de enero 2014, desarrollados en los artículos 148 a 151 del Reglamento OCM y que, en lo que aquí interesa, contemplan como un pilar básico que debe informar la actividad normativa de los Estados la necesidad de garantizar el máximo respeto a los principios de autonomía de la voluntad y de la libertad de negociación de las partes.

Así, el artículo 148 sobre las “*Relaciones contractuales en el sector de la leche y de los productos lácteos*” contempla el marco jurídico al que se deben adecuar los Estados a la hora de regular las relaciones comerciales en el sector.

En concreto, en el apartado 1 se reconoce a los Estados la posibilidad -no la obligación- de decidir que cada entrega de leche cruda de un ganadero a un transformador en su territorio deba estar cubierta por un contrato firmado por escrito por ambas partes. En el apartado 2 se desarrollan las reglas que debe cumplir ese contrato: acordarse antes de la entrega; formalizarse por escrito; e incluir, en particular, los elementos contemplados en el subapartado c), entre los que se encuentran el precio fijo y/o variable a pagar, el volumen y la duración del contrato. Luego, el apartado 3

(2) Esto es lo que llevó a que la LOCM fuera modificada a finales de 2018 y se retirara la prohibición automática de venta a pérdida, pasándose a un sistema en el que solo cabe perseguir la venta a pérdida que cumple con el requisito adicional de deslealtad.

establece la excepción de que no se exigirá un contrato para las entregas de un ganadero a la cooperativa de la cual es miembro y, finalmente, el apartado 4 del artículo 148 consagra de manera clara el principio de autonomía de la voluntad al que nos acabamos de referir:

*“Todos los elementos de los contratos para la entrega de leche cruda celebrados por ganaderos, recolectores o transformadores de leche cruda, incluidos los elementos mencionados en el apartado 2, letra c), serán negociados libremente entre las partes”.*

La única excepción que, en su caso, se contempla en relación con la libertad de las partes de decidir todos los términos del contrato se refiere a la posibilidad de los Estados miembro de establecer una duración mínima de al menos seis meses, siempre que ello no afecte al correcto funcionamiento del mercado interior y sin perjuicio, además, del derecho del ganadero de rechazar esa duración mínima.

Por tanto, parece claro que las restricciones a la libertad de las partes para decidir el precio del contrato que se incluyen con el régimen de PCAP desobedecen el mandato europeo sobre el respeto a la libre autonomía de las partes.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. En efecto, recientemente el TJUE ha reconocido la posibilidad de establecer limitaciones al principio general de libre negociación del precio en el sector lácteo cuando ello esté debidamente justificado y siempre que la medida escogida por el regulador no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido<sup>3</sup>. Debe tratarse, pues, de limitaciones que obedezcan a objetivos de interés general y que superen los tests de necesidad y de proporcionalidad para resultar compatibles con la normativa del mercado interior.

Muy resumidamente, en el caso al que nos referimos, se consultó al TJUE sobre

## AL INTRODUCIR UNA RESTRICCIÓN EXTERNA QUE INCIDE EN EL COMPORTAMIENTO DE LOS OPERADORES, LA “PROHIBICIÓN DE COMPRA A PÉRDIDA” VIENE A DISTORSIONAR EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO Y A VOLVERLO INEFICIENTE

la compatibilidad con el artículo 148 del Reglamento OCM de una **norma lituana** que **obligaba a ofrecer un mismo precio a todos los vendedores de leche cruda pertenecientes a una misma categoría definida en función del volumen de leche vendida y prohibía a los compradores reducir de forma injustificada el precio de compra**, permitiendo solo una reducción del precio en más de un 3% cuando una autoridad administrativa lo validara. Todo ello se justificaba, según el legislador lituano, en la necesidad de evitar las prácticas desleales en el sector y de proteger a los productores, identificados como el eslabón débil de la cadena.

Más allá de que el TJUE validara la compatibilidad de la normativa lituana con el Reglamento OCM, resulta necesario adentrarse en su razonamiento para valorar su aplicación analógica a la PCAP de la LCA.

Como punto de partida, el TJUE aclara el reparto de competencias ente la Unión y los Estados en relación con la PAC. Así, con arreglo a los artículos 2 y 4 TFUE, los Estados disponen de una facultad legislativa que les permite ejercer su competencia siempre que la Unión no haya ejercido la suya mientras que, según reiterada jurisprudencia, cuando exista un reglamento por el que se establezca la organización común de mercados (en adelante, “OCM”) en un sector determinado, los Estados tienen que abstenerse de adoptar cualquier medida contraria o que establezca excepciones a dicha organización. Además, son incompatibles con la OCM las normas que se opongan a su correcto funcionamiento, aunque el

Reglamento OCM no haya regulado de manera exhaustiva la materia de que se trate. Sin embargo, el TJUE termina añadiendo que todo lo anterior no impide a los Estados aplicar normas nacionales que persigan un objetivo de interés general distinto de los intereses cubiertos por el Reglamento, aunque dichas normas puedan incidir en el funcionamiento del mercado en el sector de que se trate<sup>4</sup>.

A continuación, el TJUE analiza la regulación del sector lácteo en el Reglamento OCM y, en particular, el artículo 148, deduciendo que las partes deben tener la posibilidad de fijar el precio de venta de la leche cruda tras una negociación libre. Así, el TJUE parte del principio de libre determinación del precio en un entorno de libre competencia. No obstante, si el juego de la competencia no es posible dado un contexto determinado de desequilibrio entre productores y transformadores -circunstancia alegada por el legislador lituano atendiendo a las características del sector lácteo del país-, podría admitirse alguna restricción regulatoria del principio de autonomía de la voluntad. Dicha limitación regulatoria debe, no obstante, ser adecuada para garantizar el cumplimiento del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario.

En el caso lituano, el TJUE consideró que la regulación cumplía a priori con los requisitos de adecuación y proporcionalidad mencionados atendiendo a la situación del sector en aquel país -competencia debilitada por el desequilibrio entre el sector productor y el siguiente eslabón- y al tipo de restricciones intro-

(3) Sentencia antes citada del TJUE de 13 de noviembre de 2019, Lietuvos Respublikos Seimo narių grupė, Asunto C-2/18, ECLI:EU:C:2019:962.

(4) Vid. en este sentido la Sentencia antes citada de 23 de diciembre de 2015, Scotch Whisky Association y otros, C 333/14, EU:C:2015:845, apartado 26.



ducidas en la norma -no se restringía en exceso la libertad de las partes, pues solo se imponía una relativa obligación de no discriminación de precios entre productores similares, que sin embargo podía adaptarse mediante pagos diferenciados en atención a los volúmenes y las calidades comercializadas-.

Por tanto, la pregunta es: **¿qué pasaría si sometemos al mismo examen el régimen de PCAP de la LCA para el sector lácteo español?**

En nuestra opinión, es muy posible que el TJUE llegue a la conclusión contraria que en el caso lituano; esto es, el régimen de PCAP no cumple con el test de necesidad y el de adecuación exigido por el TJUE.

Desde el punto de vista de la adecuación de la norma, la PCAP no parece que vaya a conseguir los objetivos perseguidos por la LCA: evitar la destrucción de valor y, en definitiva, proteger al sector productor<sup>5</sup>.

Como señala el TJUE al enjuiciar la adecuación y la proporcionalidad de la norma, es necesario tener en cuenta las especificidades del sector al que va dirigida. **Así, si hablamos del sector lácteo, nos referimos a productos perecederos que el ganadero no puede almacenar, de manera que se ve obligado a tirar la producción si esta no es recogida en un plazo breve de tiempo.** Además, el mercado (español / europeo) de venta leche cruda es particularmente cíclico, tanto en el corto / medio como en el largo plazo, de manera que periódicamente a los períodos de exceso de demanda se le suceden otros de exceso de oferta.

En circunstancias normales, las leyes del mercado permiten que estas oscilaciones se ajusten fácilmente a través de variaciones en los precios, que serán más altos cuando hay exceso de demanda y más bajos cuando lo que sobra es la oferta.

## HAY MEJORES MECANISMOS PARA PROTEGER LA POSICIÓN DE LOS PRODUCTORES FRENTE A LOS POSIBLES ABUSOS COMETIDOS POR LA INDUSTRIA TRANSFORMADORA, COMO MEDIDAS EN FAVOR DEL ASOCIACIONISMO PARA REFORZAR SU PODER NEGOCIADOR

Ante situaciones para nada infrecuentes en las que el sector lácteo español se encuentra en una fase de exceso de oferta, algunos **ganaderos** -los menos eficientes- pueden verse obligados a **vender todo o parte de su producción a precios por debajo de sus costes de producción con el objetivo, para nada reprochable, de asegurar su recogida y no echarla a perder** -en definitiva, de evitar destruir su valor-.

En el corto plazo, esta conducta es perfectamente razonable desde el punto de vista económico y eficiente para permitir que estos productores menos rentables recuperen los costes de variables de producción y, al menos, una parte de sus **costes fijos**, además de evitar su expulsión del mercado.

En el medio y largo plazo, si el desequilibrio de oferta y demanda se corrige razonablemente pronto -lo que es frecuente en el contexto cíclico del sector lácteo español-, **las pérdidas incurridas por el ganadero ineficiente se verán compensadas por los beneficios obtenidos en los períodos de escasez de oferta, cuando los precios de intercambio suben.** Y si, por el contrario, el desequilibrio tarda en corregirse, el mercado se ajusta naturalmente mediante la adaptación de las estructuras de costes de los productores, que se ven forzados a mejorar su rentabilidad, o directamente por la salida de aquellos que no logran adaptarse a los cambios estructurales del mercado.

Estas son las reglas del libre mercado que permiten alcanzar a un resultado eficiente para maximizar el bienestar común y, ahora sí, evitar la destrucción de valor, en el corto, medio y largo plazo.

Sin embargo, al introducir una restricción externa que incide en el comportamiento de los operadores, la PCAP viene a distorsionar el funcionamiento del mercado y a volverlo ineficiente. En efecto, **en situaciones de exceso de oferta, los ganaderos ya no van a poder bajar sus precios por debajo del coste** de producción para garantizarse la recogida. Y si esto no es un problema para la gran mayoría, sí puede serlo -y grave dado el carácter perecedero de la leche cruda- para los que tienen estructuras de costes más caras.

Así, **la restricción de la norma conduce a un resultado opuesto al buscado.** Los ganaderos más ineficientes en el corto plazo no podrán encontrar un comprador -existiendo un exceso de oferta nadie querrá pagar un precio por la recogida de leche superior al que determina la intersección entre la oferta y la demanda-, impidiéndoles recuperar siquiera los costes variables de producción incurridos. Por tanto, **la PCAP no hace sino acelerar, de manera artificial, el proceso de ajuste del mercado, expulsando en el corto plazo a los ganaderos menos eficientes,** sin darles la oportunidad de ajustar sus estructuras de costes en el medio / largo plazo. Ello es lo opuesto del objetivo de evitar destruir

(5) La justificación incluida en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2020, convalidado por la Ley 8/2020, no habla realmente de "destrucción de valor" sino de fomentar la competitividad global del sector. En nuestra opinión, esto es directamente un sinsentido y por esto no lo tenemos en cuenta, dado que resulta evidente que la consecuencia inmediata de la compra a pérdida es la elevación de los costes de compra de todos los operadores que participan en la cadena, lo que a la postre no puede sino redundar en la pérdida de la competitividad del sector agroalimentario español en relación con el de otros países.



valor declarado por la norma, incumpléndose así el criterio de adecuación del TJUE.

En cuanto al criterio de proporcionalidad, ciertamente resulta fácil encontrar otros mecanismos que servirían mejor para proteger la posición de los productores frente a los posibles abusos cometidos por la industria transformadora -por ejemplo, mediante medidas que favorezcan aún más **el asociacionismo de los productores para reforzar su poder negociador**-.

Como decíamos al principio, aunque este razonamiento se refiere específicamente al **sector lácteo**, no cabe excluir que se utilice para otros sectores agroalimentarios. Es verdad que la aplicación analógica no será fácil, teniendo en cuenta las características muy particulares del sector y la especial protección otorgada por el artículo 148 del Reglamento OCM.

## SI HAY EXCESO DE OFERTA, LOS GANADEROS YA NO VAN A PODER BAJAR SUS PRECIOS POR DEBAJO DEL COSTE DE PRODUCCIÓN PARA GARANTIZARSE LA RECOGIDA DE LECHE. PUEDE SER UN GRAVE PROBLEMA PARA LOS QUE TIENEN ESTRUCTURAS DE COSTES MÁS CARAS

Sin embargo, debe recordarse que el principio de libertad de las partes para fijar los elementos esenciales del contrato se encuentra también en el art. 38 de la Constitución Española, por lo que cualquier restricción decidida por los poderes públicos también debería ajustarse a los principios de adecuación y proporcionalidad a los que nos hemos referido antes.

**CONCLUSIONES.** Sin duda, teniendo en cuenta el enorme interés suscitado por las medidas de PCAP y de PVAP que conforman la prohibición de destruc-

ción de valor en la cadena alimentaria, estamos seguros de que el número de expedientes de oficio o tras las denuncias por venta o compra a pérdida se van a multiplicar, por lo que pronto tendremos oportunidad de conocer la postura de la Administración primero, y de los tribunales después, sobre las cuestiones mencionadas en este artículo, sin que en modo alguno quepa descartar el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de cualquiera de las dos prohibiciones para que el TJUE se pronuncie al respecto. 🍏



# ANUARIO DE LA INNOVACIÓN 2022