

# PRESENTACIÓN ESTUDIO IVIFA

JOSÉ CORBERÁ, CARMEN RODILLA



# OBJETO DEL ESTUDIO

- PUNTO DE PARTIDA: baja rentabilidad de explotaciones agrarias
- (UNA DE LAS) CAUSAS: desequilibrios existentes en el poder de negociación entre los distintos eslabones de la cadena alimentaria.
  - Factores que propician esta situación:
    - Relativos a la distribución minorista
    - Relativos al sector productivo
    - Al mercado
- OBJETIVO: mayor equilibrio entre los operadores de la cadena, de forma que no sea el margen de beneficio de los productores el que absorba los incrementos de costes a lo largo de la misma

# OBJETO DEL ESTUDIO

- Análisis de la viabilidad de dos instrumentos:
  - Introducción de cláusulas específicas de reparto del valor (CRV) como forma de distribución de las pérdidas y las ganancias entre todos los agentes intervinientes en la producción de la cadena alimentaria en los diferentes sectores productivos de la agricultura valenciana
  - Posibilidades de cooperación entre empresarios agroalimentarios que permite la política de competencia, en el marco de la Política Agrícola Común
  - Instrumentos adicionales:
    - Abuso de posición de dominio
    - Competencia desleal
    - Derecho regulatorio y contractual

# COOPERACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

- La aplicación de las distintas vías han de armonizarse con los objetivos de la política agraria común (PAC) enunciados en el art. 39 TFUE
  - a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra;
  - b) garantizar nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura;
  - c) estabilizar los mercados;
  - d) garantizar la seguridad de los abastecimientos;
  - e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables.
- Admitida la preeminencia de la PAC sobre la aplicación del Derecho de la competencia
  - Aunque con matices (art. 42 TFUE)
  - y recordando que la competencia efectiva en los mercados es compatible con la política agraria (TJUE)

# COOPERACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

- *Enforcement* del Derecho de la competencia es transversal en todos los mercados
  - Objetivo: fomentar el buen funcionamiento del mercado a través de la represión de conductas anticompetitivas
    - Prohibición esencialmente de: **acuerdos colusorios**, abuso de posición de dominio (prácticas desleales que afectan al mercado)
- Art. 101.1 “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:
  - a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
  - b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
  - c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
  - d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
  - e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

# COOPERACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

- No obstante, características y circunstancias del mercado agrario → matizaciones y normas específicas aplicables al mercado
  - **Exclusiones agrarias** exclusivamente relativas a la aplicación de la prohibición del 101.1 TFUE (no del 102)
  - **Objetivo:** cumplir los objetivos de la PAC
    - Fomentar concentración de la oferta
    - reequilibrar las negociaciones en la cadena,
    - permitir negociar colectivamente y, por tanto, de forma más eficiente, las condiciones de venta, como contrapeso a la demanda
    - Comisión consideró que el incremento de la competitividad sectorial se desarrolla mediante el refuerzo de los instrumentos para lograr un nuevo equilibrio en la cadena alimentaria:
      - organizaciones de productores, asociaciones de organizaciones de productores, interprofesiones.
      - Las organizaciones interprofesionales pueden jugar un papel importante permitiendo el diálogo entre los agentes de la cadena de suministro y fomentando las mejores prácticas y la transparencia en el mercado

# COOPERACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

## EXENCIONES AGRÍCOLAS

- Régimen general
  - Art. 101.3 TFUE
    - “compatibles aquellos acuerdos o prácticas que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”
  - Reglamentos de exención por categorías
- Régimen específico agrícola
  - Reglamento (UE) n. 1308/2013 OCM productos agrícolas
    - Art. 209 → exclusión de acuerdos, decisiones y prácticas relativos a la producción o el comercio de productos agrarios que sean necesarios para alcanzar los objetivos del artículo 39 TFUE, cuyo objeto versa sobre la producción o venta de productos agrarios o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrarios y no fijar precios excluyendo la competencia
      - No se aplicará a los no se aplicara dicha excepción a los "acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que conlleven la obligación de cobrar un precio idéntico o por medio de los cuales quede excluida la competencia".
    - Exclusión 210 del Reglamento, previa autorización, incluso a través de silencio positivo, a la Comisión, a favor de organizaciones interprofesionales reconocidas en un EM en el marco de diversos sectores
    - Exclusiones a la prohibición del artículo 101.1 TFUE en relación con determinados sectores (por ejemplo, el de la leche) para la negociación colectiva en contrato de suministro a través de organizaciones de productores
      - EXTENDIDO A aceite de oliva, la carne de vacuno y cultivos herbáceos
        - Directrices de Aplicación de los arts. 169-171 del Reglamento
    - Cárteles de crisis
  - Exenciones derivadas del coronavirus



# COOPERACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

## EXENCIONES AGRÍCOLAS

- Aplicación mitigada del Derecho de la Competencia al mercado agrario ha ido requiriendo de modificaciones y adaptaciones las necesidades de la PAC
  - tendencia a incrementar las concesiones en materia de acuerdos colusorios (artículo 101.1 TFUE) entre empresas productoras.
- TJUE Caso endivias (2017)
- Reforma OCM del Reglamento Ómnibus (2017) → art. 152 bis
  - extiende la no aplicación del artículo 101.1 TFUE a los acuerdos alcanzados entre productores en el seno de OPs y AOPs
    - Éstas podrán lícitamente podrá planificar la producción, optimizar los costes de producción, comercializar y negociar contratos para el suministro de productos agrícolas, en nombre de sus miembros con respecto a una parte o a la totalidad de la producción.



# COOPERACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

## EXENCIONES AGRÍCOLAS

- Riesgos:
  - Eliminación o falseamiento de la competencia entre los productores (por ejemplo, el poder de algunos productores en el marco de las OPs permitiera prohibir a otros agricultores pertenecientes a la organización la negociación independiente de precios y otras condiciones);
  - Abusos (precios excesivos, restricciones de la producción retirada o almacenamiento de stock, repartos de mercados) originados por el poder de mercado potencialmente ostentado por OPs y AOPs.
    - Parámetros para analizar la infracción del Derecho de la Competencia son distintos en el marco de los acuerdos colusorios y del abuso de posición de dominio

# COOPERACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

## CONCLUSIONES

- Notable extensión de las exclusiones a la prohibición de acuerdos colusorios de los acuerdos que se concluyen en el seno de OPs y AOPs,
- PERO se mantiene expresamente la prohibición, bajo el 101.1 TFUE de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que conlleven la obligación de cobrar un precio idéntico o por medio de los cuales quede expresamente excluida la competencia (como sucedería, por ejemplo, en los supuesto de precios mínimo de venta)
  - Si la comercialización se realice de manera independiente, y no en el marco de una comercialización unitaria de los productos por parte de la OPs o AOPS, el valor del precio acordado no pasa de ser una recomendación de precios para sus miembros, de la que son libres de separarse.
- jurisprudencia reiterada → participación de las Administraciones Públicas en los acuerdos entre operadores del sector agroalimentario NO impide la aplicación de la normativa de competencia a los operadores que son parte de dichos acuerdos.
  - Aunque Administración Pública participe, o incluso organice, en la toma de acuerdos que posteriormente se consideran contrarios al Derecho de la Competencia no exime a los operadores económicos que han participado en el acuerdo de la infracción y correspondiente sanción, que puede llegar hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

# CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

- III. Sobre la cláusula de reparto de valor
- **1. LA CRV ES UN ELEMENTO ECONÓMICO DISTINTO DEL PRECIO DE VENTA**
- Reglamento (UE) 2017/2393 (Ómnibus), modificó el Reglamento (UE) n.º 1308/2013 por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios (Reglamento OCM)
- **Art. 172.bis Reglamento OCM. Cláusulas de reparto de valor:** *«Sin perjuicio de todas las cláusulas específicas de reparto del valor en el sector del azúcar, los agricultores, incluidas las asociaciones de agricultores, y su primer comprador **podrán acordar cláusulas de reparto de valor, incluidos los beneficios y las pérdidas comerciales, que determinen la manera en que se reparten entre ellos la evolución de los precios de mercado pertinentes de los productos afectados u otros mercados de materias primas**»*
- En particular, son acuerdos voluntarios:
  - Dirigidos a determinar una obligación de pago futura a una de las partes
  - Podrán tomar en consideración beneficios y pérdidas comerciales
  - Determinan la manera en la que se reparten entre ellos la evolución de los precios (mercado productos / mercados materias primas)

# CLÁUSULAS REPARTO DE VALOR

- Finalidad / Objetivos de política legislativa:
  - Considerando 56 Reglamento Ómnibus incide en diversos objetivos de las CRV, que afectan al mercado y al papel de las Organizaciones Interprofesionales, como son:
    - Facilitar una mejor transmisión de las señales del mercado.
    - Reforzar los vínculos entre los precios al productor y el valor añadido en toda la cadena de suministro
    - Importante papel de las Organizaciones Interprofesionales, para posibilitar diálogo entre agentes y para promover las mejores prácticas y la transparencia en el mercado
- En la actualidad son voluntarias.

# CLÁUSULAS REPARTO DE VALOR

- Regulación en el sector del azúcar:
  - Hasta 2017: el Reglamento OCM contempló las CRV como una de las Condiciones de compra en el sistema de cuotas
  - Tras 2017: como una opción en el Reglamento Delegado de 2016 y Anexo X del Reglamento OCM
- Ejemplo CRV Acuerdo Marco Interprofesional Azucarera campaña 2015-16 a 2019-20 (extracto):
  - «(...), **recibirá además del precio establecido en las cláusulas (...), un complemento variable** medido en €/t de remolacha tipo, calculado en base a los precios de mercado del azúcar, de conformidad con una fórmula que se fijará junto con la oferta de contratación para todas las campañas y que será incorporada al contrato de suministro»
- CRV no modifican la naturaleza jurídica del contrato (continúa siendo compraventa)

# CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

- Es un elemento económico distinto del precio de venta. Aunque podrá generar a una de las partes obligaciones de pago, serán distintas al precio de venta
  - PRECIO:
    - Contraprestación a cambio de la entrega de una cosa.
    - Es un elemento esencial o básico
  - CRV:
    - Elemento accesorio que para que sea exigible requiere pacto expreso
    - En puridad es una ventaja adicional una condición comercial
    - Se engloba dentro del concepto más amplio de retribución
- Importancia de la diferenciación en tratamiento antitrust: el análisis de los presupuestos del art. 101.3 TFUE tomará en consideración la CRV como condición comercial y no como precio

# CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

- **2. AMPLIACIÓN DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS CVR**
- En la actualidad, el legislador europeo:
  - Mantiene su política respecto la concertación de precios, con la excepción jurisprudencial del asunto Endivias de 2017.
  - Amplia y potencia la utilización de las CRV: se permite su concertación, para eliminar asimetrías, siempre que se realice en el marco de una interprofesional autorizada por un Estado miembro
- La **propuesta de modificación del Reglamento OCM sustenta esta postura**



# CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

- Propuesta de modificación Reglamento OCM con enmiendas sobre CRV
- Mayo de 2019: Informe de la Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural del Parlamento Europeo sobre la anterior propuesta
- Octubre de 2020: aprobación del texto de las Enmiendas por el Parlamento Europeo:
  - Finalidad de las CRV
  - Uso eficaz de las CRV
  - Extensión de las normas sobre CRV
  - Ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de las CRV
  - Aplicación de CRV en la contratación de productos con denominación de origen

# CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

- Propuesta sobre “Uso eficaz de las CRV”. Enmienda 34: Considerando 23.Octies.
- Relaciona diversos indicadores económicos que pueden servir, para garantizar un uso eficaz, de criterio en las CRV:
  - Costes pertinentes de producción y comercialización
  - Precios de los productos agrícolas y alimenticios observados en el mercado o mercados de que se trate, y su evolución
  - Cantidades, composición, calidad, trazabilidad, o, en su caso:
  - Observancia de un pliego de condiciones

# CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

- Propuesta sobre “Extensión de las normas referentes a CRV”. Enmienda 122: art. 164 Reglamento OCM.
- Estado miembro podrá disponer, previa solicitud de una Organización representativa de la producción, comercio o transformación de un producto, que algunos acuerdos pactados en el marco de dicha organización:
  - Sean obligatorios
  - Por un tiempo limitado
  - Para operadores del sector asociados e incluso aunque no estén asociados
  - Contempla contratos tipo y CRV compatibles con la normativa de la Unión Europea

# CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

- **3. Organizaciones interprofesionales como puerto más seguro para elaborar/pactar CRV**
- CRV pueden acordarse directamente por el agricultor y el primer comprador (art. 172 bis Reglamento OCM) pero el acuerdo PODRÍA SER CONTRARIO A DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ACARREAR SANCIONES (Recordar STJUE 2017 Asunto Endivias)
- El puerto más seguro es de las organizaciones interprofesionales, por lo que:
  - Sería conveniente actualizar la Ley 38/1994 sobre OOI para adecuar las funciones y funcionamiento de las OOI
  - Ejemplo de actualización: sector lácteo a través del RD 95/2019, de 1 de marzo
- Las organizaciones interprofesionales deben poder:
  - Desarrollar y publicar costes de producción de referencia e indicadores de mercado para que eventualmente sean tenidos en cuenta
  - Elaborar fórmulas de cálculo de la CRV a partir del precio medio que se observe en la evolución del mercado SIN QUE SE CONTRAVENGA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

# CLÁUSULAS DE REPARTO DE VALOR

- **3. Sigue: Posibilidad de consideración de la CRV como acuerdo vertical**
- Las CRV en una relación productor/comprador podría llegar a ser calificada como **acuerdo vertical y plantear problemas de eficiencia** si no equilibra de manera equitativa los intereses de las partes y del mercado
  - Ejemplo: cuando traslade al productor el riesgo en un contexto de precios a la baja
- **4. CRV no queda sometida a las reglas generales sobre obligaciones de pago**
- CRV es una condición comercial y no es precio, en consecuencia, no queda sometida a las reglas sobre obligaciones de pago (LM/LOCM)
- Art. 3 Directiva 2019 prácticas comerciales desleales en cadena suministro agrícola/agroalimentario
- **5. Devengado el derecho de cobro de la CRV sí que aplica el régimen de la Ley de Morosidad**
- A falta de pacto, pago en 30 días desde el devengo
-

# PODER DE MERCADO Y PRECIO

- Concentración de la distribución minorista
  - eslabones de la cadena una serie de desequilibrios en el poder de negociación y de compra,
  - la parte fuerte en ocasiones ejerce de forma “abusiva”:
    - presionar a la baja los precios de compra
    - trasladar determinados costes y riesgos comerciales a la parte débil de la relación comercial.
- Reivindicación aplicación abuso de la posición de dominio
  - No válido → No hay posiciones de dominio en el sentido técnico jurídico
- Diversas vías para atajar estas conductas:
  - legislación *ad hoc* que permita la eliminación de las prácticas comerciales desleales en la cadena alimentaria (Ley 12/2013, de mejora de la cadena alimentaria) + competencia desleal (indirectamente, por la vía del art. 3 LDC, también la defensa de la competencia)
  - creando estímulos jurídicos y económicos que favorezcan cambios estructurales mediante el fomento del asociacionismo, la concentración y la integración vertical de los productores agrarios (Ley 13/2013, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario)
  - Reclamar quizás una normativa que regule el poder de mercado SIN posición de dominio (poder de negociación)

# PODER DE MERCADO Y PRECIO

- Aunque parezca lo mismo, poder de negociación y poder de compra no es lo mismo
  - \*aunque las diferencias se difuminan en algunas legislaciones
- Poder de compra → posición de dominio
  - Criterios de determinación:
    - Que la empresa en cuestión esté en condiciones de ejercitar por sí sola una influencia notable en el mercado;
    - Que falte una competencia efectiva por parte de otras empresas
  - Indirectamente se mide a través de cuotas de mercado (proxy)
    - Generalmente, cuotas superiores al 40% permiten afirmar la existencia de poder de dominio
    - la mayor cadena de distribución de ámbito nacional posee una cuota de mercado cercana al 25%.
- Poder de negociación → posición de dominio relativa
  - Dependencia económica
  - Vía del art. 3 LDC



# LEY DE CADENA AGROALIMENTARIA Y LA “DESTRUCCIÓN DE VALOR”

- Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, (BOE núm. 185, de 03/08/2013),
  - recientemente modificada por el Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación
    - regulatorias que inciden en el pago y en el precio de los contratos alimentarios, sustentadas en la necesidad de contemplar en el precio los costes de producción y en la obligación de que cada operador abone al inmediatamente anterior un precio igual o superior al coste de producción de tal producto en que haya incurrido dicho operador
    - Estrecha relación con la CRV

# LEY DE CADENA AGROALIMENTARIA Y LA “DESTRUCCIÓN DE VALOR”

- Se trata de reorientar la configuración del precio
  - En mercados que funcionan correctamente
    - configuración del precio final del producto viene determinada por los precios de venta
  - En mercado de la agricultura
    - gran distribución invierte el proceso de configuración del precio, que no se realiza desde la venta, sino desde la compra.
    - gran distribución –último comprador antes del consumidor- es quien indica a qué precio quiere vender el producto al consumidor, y le comunica a qué precio le quiere comprar al transformador, quién a su vez presiona y comunica el precio al que quiere comprar al comprador y, finalmente, este hace lo propio con el productor, a quién los márgenes y el precio ya le llegan muy comprimidos, sino directamente inviábiles.

# LEY DE CADENA AGROALIMENTARIA Y LA “DESTRUCCIÓN DE VALOR”

- Obligación de que “cada operador abone al inmediatamente anterior un **precio igual o superior al coste de producción de tal producto en que haya incurrido dicho operador**:
  - Objetivo:
    - preservar valor agregado creciente
    - evitar que el operador que realice la venta final del producto al consumidor pueda repercutir a ninguno de los operadores anteriores el riesgo empresarial derivado de su política comercial en materia de precios ofertados al público.
  - Ámbito objetivo:
    - A todos los contratos de la cadena excepto a los contratos con consumidores
  - Prohibición legal de la venta a pérdida en las ventas al por mayor y una excepción a la regla general que la admite tanto en la venta mayorista como en la minorista (artículo 14 y disp. adic. sexta de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista)

# LEY DE CADENA AGROALIMENTARIA Y LA “DESTRUCCIÓN DE VALOR”

- Determinación del precio (art. 9)
  - Si la cuantía es variable, se determinará en función únicamente de factores objetivos, verificables, no manipulables y expresamente establecidos en el contrato
  - Se listan factores de determinación a título ejemplificativo:
    - la evolución de la situación del mercado, el volumen entregado y la calidad o composición del producto.
  - Un factor que NECESARIAMENTE ha de tenerse en cuenta:
    - el coste efectivo de producción del producto objeto del contrato, calculado teniendo en cuenta los costes de producción del operador efectivamente incurridos, asumidos o similares.
    - En el caso de las explotaciones agrarias se tendrán en cuenta factores tales como las semillas y plantas de vivero, fertilizantes, pesticidas, combustibles y energía, maquinaria, reparaciones, costes de riego, alimentos para los animales, gastos veterinarios, trabajos contratados o mano de obra asalariada.