

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2015)5

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

19-Aug-2015

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

DAF/COMP/LACF(2015)5
Unclassified

**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA**

Sesión III - Cuestiones de competencia en el sector de la venta de productos de alimentación: Prestando atención a la conducta empresarial

-- Contribución de España --

23-24 de septiembre 2015, Montego Bay, Jamaica

Se hace circular el documento adjunto elaborado por España PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 23 y 24 de septiembre de 2015 en Jamaica.

Contacto: Ania Thiemann, Gerente de relaciones globales, División de la Competencia de l'OCDE
[Tel: +33 1 45 24 98 87, Correo electrónico: Ania.Thiemann@oecd.org].

JT03380876

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA



23-24 de septiembre de 2015 • Montego Bay • JAMAICA

Sesión III - Cuestiones de competencia en el sector de la venta de productos de alimentación: Prestando atención a la conducta empresarial

POSIBLES CONDUCTAS Y PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

-- CONTRIBUCIÓN DE ESPAÑA --

1. Introducción

1. A lo largo de las últimas décadas, la distribución comercial alimentaria ha sido objeto de numerosas decisiones e informes de la Autoridad de Competencia española tanto desde la óptica de *enforcement* como de la de promoción de la competencia. Las prácticas comerciales entre los grandes distribuidores y sus proveedores han sido principalmente analizadas en el marco de la función de promoción de la Autoridad de Competencia española. El objetivo de esta contribución es revisar las actuaciones más recientes en este ámbito y valorar determinados desarrollos normativos sectoriales en materia de relaciones comerciales en la cadena alimentaria en general, y entre distribuidores y sus proveedores en particular.

2. La contribución se estructura del modo siguiente. En primer lugar, se presenta el análisis realizado por la Autoridad de Competencia española sobre el poder de negociación de los grandes distribuidores en el sector alimentario y las prácticas comerciales más extendidas entre éstos y sus proveedores, prestando especial atención a los pagos comerciales y la gestión de la categoría. En segundo lugar, partiendo de la opinión manifestada por la Autoridad de Competencia española, se analizan determinados desarrollos normativos sectoriales recientes cuya finalidad es regular el ejercicio de algunas de estas prácticas.

2. Estudios de mercado sobre las relaciones comerciales entre distribuidores y fabricantes en el sector alimentario

3. Al igual que en otros países, la distribución comercial alimentaria en España ha experimentado una transformación considerable durante las últimas décadas. El comercio tradicional ha perdido el papel que jugaba en el pasado y los supermercados e hipermercados pertenecientes a grandes grupos de distribución han adquirido un papel predominante. Por su parte, la venta *online* de productos alimentarios no representa en la actualidad una competencia creíble o efectiva. Esta transformación ha venido acompañada de un aumento del poder de negociación de los distribuidores a raíz de tres cambios estructurales principales. En primer lugar, el incremento del nivel de concentración en la distribución

comercial minorista. En segundo lugar, el creciente protagonismo de los supermercados medianos y grandes. En tercer lugar, el crecimiento experimentado por la marca del distribuidor.

4. En octubre de 2011 la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) hizo público su *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*, que analizó un contexto de mercado concreto - las relaciones entre fabricantes y grandes distribuidores en el sector alimentario - en un ambiente de preocupación generalizada - especialmente a nivel europeo - sobre el impacto del poder de negociación de los grandes distribuidores sobre la competencia. En ese momento, la mayoría de las Autoridades de Competencia de la Unión Europea habían elaborado o estaban elaborando estudios de mercado sobre el poder de negociación en la distribución comercial alimentaria.

5. El objetivo de la CNC fue analizar los riesgos que planteaba el aumento del poder de negociación de los grandes distribuidores y, específicamente, una serie de prácticas comerciales en la cadena alimentaria¹, desde el punto de vista de su incidencia y de los riesgos que planteaban en términos de competencia y eficiencia económica. En referencia a los pagos comerciales y la gestión de la categoría, las conclusiones alcanzadas en el Informe fueron las siguientes:

- Los pagos comerciales pueden favorecer la eficiencia de múltiples maneras: entre otras, facilitando un reparto eficiente de riesgos entre distribuidores y proveedores, contribuyendo a asignar de modo eficiente el espacio en los lineales o permitiendo tratar de modo adecuado las externalidades verticales entre proveedores y distribuidores en los gastos de promoción y *marketing*. No obstante, también pueden resultar negativos para la competencia, sobre todo si son de cuantía fija y se utilizan de forma generalizada.

Según la evidencia recabada por la CNC para la elaboración del Informe, la utilización de los pagos comerciales es frecuente y su cuantía puede ser elevada en relación con la facturación del proveedor. Además, en ocasiones, los pagos comerciales se determinan *a posteriori* y sin que las contraprestaciones sean claras y hayan sido previamente determinadas. En estas circunstancias, los pagos comerciales podrían no producir todos los efectos positivos mencionados, y podrían conllevar un reajuste de márgenes, mayor incertidumbre, una transferencia ineficiente de riesgos de los distribuidores hacia los proveedores, y una posible reducción de la competencia intramarca.

- En la mayoría de los casos, los acuerdos de gestión de categoría entre distribuidores y fabricantes no plantean problemas de competencia y permiten que el distribuidor se beneficie del mejor conocimiento de la demanda y del mercado que pueden tener los fabricantes. No obstante, en determinados casos, estos acuerdos podrían llegar a tener efectos negativos sobre la competencia. En primer lugar, si discriminan entre unos fabricantes y otros, especialmente entre el capitán de la categoría y el resto de competidores en el lineal. En segundo lugar, si su uso generalizado aumenta excesivamente la transparencia en el mercado, favoreciendo la colusión entre fabricantes o desincentivando la aparición de estrategias basadas en reducciones de precios. En tercer lugar, si los distribuidores piden a los fabricantes información sobre sus relaciones con otros distribuidores competidores, en particular, si se trata de información sobre precios de compra cargados a otros distribuidores o sobre políticas promocionales, tanto la competencia intermarca como la competencia intramarca pueden verse debilitadas. En estos casos, los intercambios de

¹ Las prácticas analizadas fueron las siguientes: los pagos comerciales; la gestión de la categoría; la utilización de la imagen del proveedor y de la información privilegiada del fabricante en beneficio de la marca de distribuidor; la no fijación por escrito de las condiciones contractuales y modificación retroactiva o ruptura del contrato; el establecimiento de cláusulas de cliente más favorecido; la venta a pérdida; las subastas ciegas; las cláusulas de suministro en exclusiva; la imposición de la compra de bienes o servicios ofrecidos por un tercero; y la vinculación de la relación comercial de la marca de fabricante a la obligación de producir también marca de distribuidor.

información pueden facilitar prácticas coordinadas entre los distribuidores y los fabricantes facilitando la aparición de cárteles *hub & spoke*.

De acuerdo con la evidencia recabada por la CNC para la elaboración del Informe, la gestión de la categoría en España la realizan normalmente los propios distribuidores, a pesar de que en ocasiones soliciten a los fabricantes, sean líderes o no, orientaciones para la gestión de categorías concretas. La información intercambiada entre los distribuidores y los proveedores hace referencia principalmente a datos sobre las tendencias del mercado. Por su parte, las exigencias de información de los distribuidores a los fabricantes son muy escasas, de acuerdo con las respuestas de los segundos.

6. La conclusión global del Informe en relación con todas las prácticas comerciales entre fabricantes y distribuidores analizadas es que éstas pueden tener efectos positivos y negativos sobre la competencia y la eficiencia, y que en el contexto de mercado analizado en el Informe, la mayoría de ellas no planteaban riesgos relevantes. De las prácticas analizadas, sólo algunas de ellas conllevarían un mayor riesgo en términos de competencia, y sobre éstas² la CNC realizó recomendaciones específicas.

7. A la luz del análisis realizado, la CNC planteó dos bloques de recomendaciones:

8. En primer lugar, realizó una serie de propuestas de modificación normativa destinadas a liberalizar el sector de la distribución comercial. En este sector persistían y persisten restricciones normativas que limitan la entrada y la competencia entre operadores, refuerzan el poder de mercado de los operadores incumbentes, y contribuyen a aumentar su poder de negociación frente a los fabricantes, favoreciendo la aplicación de determinadas prácticas comerciales que pueden llegar a ser dañinas para el interés general.

9. En segundo lugar, propuso una serie de medidas y principios en relación con las prácticas calificadas como más problemáticas, que pasarían por el establecimiento de mecanismos adecuados para tener más constancia sobre dichas prácticas, el refuerzo de las posibilidades de denuncia, y el establecimiento de una serie de principios encaminados a limitar los efectos negativos que, en su caso, algunas de estas prácticas podrían plantear en el contexto de mercado analizado en el Informe. En particular, se recomendó: formalizar por escrito las relaciones comerciales entre grandes distribuidores y fabricantes, y establecer límites a las modificaciones retroactivas de las condiciones contractuales; asegurar la previsibilidad y transparencia de los pagos comerciales entre grandes distribuidores y fabricantes; y circunscribir la exigencia de información al fabricante por parte del gran distribuidor al contexto y a las necesidades de su relación comercial.

10. Es importante subrayar que los principios y medidas vinculados a determinadas prácticas comerciales se recomendaron sin optar por un desarrollo normativo. La CNC nunca recomendó incrementar la carga administrativa, el régimen sancionador, una mayor intervención del sector público o la introducción de nueva regulación normativa aplicable a las prácticas comerciales analizadas.

² Las prácticas son las siguientes: los pagos comerciales; la no fijación por escrito de las condiciones contractuales y las modificaciones retroactivas no pactadas o no previstas; la excesiva antelación con la que los distribuidores solicitan información a los proveedores sobre determinadas características del producto; las cláusulas de cliente más favorecido y la exigencia de información comercial sensible a los proveedores sobre sus relaciones comerciales con terceros distribuidores.

3. Desarrollos normativos recientes en materia de prácticas comerciales en la cadena alimentaria y valoración desde el punto de vista de promoción de la competencia

11. En el año 2013 el Parlamento español aprobó la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (LCA), cuya finalidad declarada es “mejorar el funcionamiento y la vertebración de la cadena alimentaria de manera que aumente la eficacia y competitividad del sector agroalimentario español y se reduzca el desequilibrio en las relaciones comerciales entre los diferentes operadores de la cadena de valor”. Para ello fundamentalmente establece: (i) un catálogo de obligaciones en relación con el régimen de contratación aplicables a toda relación comercial que satisfaga unas ciertas condiciones; (ii) un catálogo de prácticas consideradas “abusivas”, prohibidas en las relaciones comerciales de todos los operadores de la cadena alimentaria y (iii) un régimen de infracciones y sanciones administrativas para penalizar el incumplimiento de lo establecido en la LCA.

12. Tras la aprobación de la LCA, se aprobó su desarrollo reglamentario, en especial en relación con una nueva agencia creada por la LCA, la Agencia de Información y Control Alimentarios (AICA)³ que cuenta ya con 85 funcionarios. Todo este nuevo marco normativo sectorial ha sido valorado por la Autoridad de Competencia española en varios Informes de Proyecto Normativo⁴, en los que se han destacado los aspectos problemáticos que la LCA plantea desde el punto de vista de la competencia en el sector alimentario. A continuación se repasan algunos de estos aspectos problemáticos.

13. En primer lugar, la LCA plantea una intervención pública excesiva en la cadena alimentaria, y en particular en las relaciones entre distribuidores y sus proveedores, con la finalidad de reducir desequilibrios entre operadores y aumentar la equidad. No obstante, la consecución de un mayor equilibrio puede no resultar compatible con la promoción de la competencia efectiva y la eficiencia económica y, por lo tanto, perjudicar el interés general. Adicionalmente, el legislador no ha justificado el desarrollo de esta nueva normativa en la existencia de un fallo de mercado. La LCA alude a la existencia de desequilibrios en la cadena alimentaria y a la necesidad de reducirlos. No obstante, estos desequilibrios no constituyen una anomalía o un fallo del mercado, sino una característica inherente a él. A este desequilibrio los operadores participantes en el mercado responden de forma dinámica, adaptando su organización productiva y mejorando su eficiencia en beneficio de los consumidores. No resulta deseable constreñir ese juego desde la intervención pública.

14. En segundo lugar, la LCA incorpora un catálogo de obligaciones en relación con el régimen de contratación privado y establece un catálogo de prácticas consideradas “abusivas”, prohibidas en las relaciones comerciales de todos los operadores de la cadena alimentaria. En términos generales, estas obligaciones y prohibiciones no se ajustan a los principios de una regulación económica eficiente:

- Dentro del primer bloque de obligaciones se establece que los contratos se formalizarán por escrito. Esta medida puede cumplir con el requisito de necesidad, puesto que permite reforzar la seguridad jurídica y facilita la persecución de prácticas ilícitas. No obstante, la formalización por escrito aplica de forma casi general en toda la cadena alimentaria, y por lo tanto en muchos casos donde puede resultar desproporcionado e ineficiente obligar a los operadores a formalizar por escrito sus relaciones comerciales.

³ La finalidad de AICA es el control del cumplimiento de lo dispuesto en la LCA en lo que respecta a la regulación de las relaciones comerciales entre los operadores de la cadena alimentaria.

⁴ [Informe de Proyecto Normativo sobre el Anteproyecto de Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria](#) (2012); [Informe de Proyecto Normativo sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el régimen de controles de la Agencia de Información y Control Alimentarios](#) (2014); [Informe de Proyecto Normativo sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 12/2013, de 2 de agosto de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria](#) (2014).

- Dentro del segundo bloque de obligaciones, la LCA incorpora una prohibición general de un conjunto de prácticas comerciales, con un cierto sesgo hacia prácticas entre distribuidores y sus proveedores, que resultan perseguibles por la AICA en el marco del nuevo régimen inspector y sancionador que se plantea. En concreto, se hace referencia a las modificaciones unilaterales de las condiciones contractuales, los pagos comerciales, el suministro de información comercial sensible, y la gestión de marcas.

La inclusión de este catálogo de prácticas “abusivas” no resulta necesaria. En efecto, todas las conductas que se incluyen en ese catálogo y que podrían llegar a ser calificadas de “abusivas” desde una óptica jurídica ya estaban tipificadas en el ordenamiento jurídico vigente, en concreto la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. A su vez, si el problema fundamental – como reconocen muchos agentes del sector – es la ausencia de incentivos por parte de los agentes para denunciar estas prácticas ante la Autoridad de Competencia, lo importante en su caso sería reforzar las posibilidades de denuncia y persecución en los casos en los que ésta fuese pertinente. En consecuencia, no sería necesario incurrir en el coste de introducir una nueva norma ni una nueva institución, la AICA, dependiente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Por último, muchas prácticas comerciales contempladas en la LCA como abusivas resultan, por el contrario, eficientes y pro-competitivas en muchas situaciones. Al impedir la aparición de dinámicas comerciales incentivadoras de la competencia mediante prohibiciones generales, la LCA está distorsionando la competencia en la distribución comercial alimentaria y en el conjunto de la cadena alimentaria perjudicando su funcionamiento.

15. En tercer lugar, la LCA regula la potestad sancionadora que se aplicará por el incumplimiento de lo dispuesto en la LCA, en especial en materia de prácticas comerciales, tipificando las infracciones y sanciones administrativas y estableciendo las autoridades competentes que en cada caso ejercerán dicha potestad. A juicio de la Autoridad de Competencia española, existen diversos elementos problemáticos. Por un lado, no resulta necesario, puesto que ya existían mecanismos coactivos suficientes en el ordenamiento normativo previo a la LCA, entre otros en la normativa de defensa de la competencia siempre y cuando pudiera existir una afectación a la competencia efectiva. Por otro lado, el sistema contribuye a que existan duplicidades entre las Administraciones Públicas encargadas de aplicar el régimen sancionador y las Autoridades de Competencia, lo que puede incrementar la inseguridad jurídica y el *forum shopping*. En particular, pueden existir duplicidades entre la actuación de la AICA, nueva agencia administrativa dependiente del Ministerio Sectorial creada por la LCA, y la Autoridad de Competencia española. Por último, el régimen infractor y sancionador puede dar lugar a un aumento de la burocratización de las relaciones comerciales y de las cargas administrativas a soportar por las empresas, lo que reducirá la productividad, empeorará su funcionamiento y, por lo tanto, afectará negativamente a su competitividad, en precios, calidad e innovación.

3. Conclusiones

16. Las prácticas comerciales entre grandes distribuidores y fabricantes pueden tener efectos positivos y negativos sobre la competencia y la eficiencia. En el contexto de mercado analizado en el Informe publicado por la Autoridad de Competencia española en 2011, la mayoría de las prácticas analizadas no planteaban riesgos relevantes de forma generalizada. De cara a garantizar que las prácticas comerciales entre grandes distribuidores y sus proveedores no sean perjudiciales en términos de bienestar, debe garantizarse una aplicación eficaz de la normativa de competencia, facilitándose en su caso instrumentos adicionales para que los operadores tengan incentivos para recurrir a ella de forma eficaz y rigurosa.

17. Los desarrollos regulatorios sectoriales recientes en el ámbito de las prácticas comerciales en la distribución comercial alimentaria, guiados por un objetivo de “corregir desequilibrios”, no se encuentran justificados en los principios de promoción de la competencia efectiva y regulación económica eficiente. Los desequilibrios en la cadena alimentaria no constituyen un fallo de mercado que justifique una intervención como la planteada por la LCA. La LCA contribuirá a un mayor grado de burocratización e inseguridad jurídica en las relaciones comerciales del sector alimentario, y afectará negativamente al nivel de competencia y eficiencia. En contra de su finalidad última, el resultado de la LCA será previsiblemente un peor funcionamiento de la cadena alimentaria. Las prácticas comerciales susceptibles de ser calificadas jurídicamente de abusivas en la relación comercial ya estaban prohibidas en el ordenamiento vigente antes de la aprobación de la LCA, a través de instrumentos jurídicos menos restrictivos de la libertad contractual de las partes, más eficientes en la utilización de recursos públicos, y más favorables a los principios de libertad económica y competencia efectiva.