

# Prácticas comerciales negras y grises en la comercialización alimentaria

## Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

---

*Interpretación del artículo 14 bis del proyecto de ley de reforma de la ley de regulación de la cadena alimentaria*

### 1. El supuesto

En el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 12/2013, de Medidas para Mejorar el Funcionamiento de la Cadena Alimentaria (el PL), se listan, en el artículo 14 bis, una serie de prácticas comerciales desleales que quedan prohibidas sin más (la lista negra) y otras que sólo se prohíben *prima facie* bajo reserva de una ponderación ulterior (lista gris). Se corresponden sustancialmente con las recogidas en el artículo 3 de la Directiva 2019/633.

No interesa en este lugar el listado de la lista negra, sino el supuesto de hecho de la ponderación que puede llevar a que los casos de la lista gris lleguen a ser merecedores de protección legal.

### 2. La cláusula de ponderación

La cláusula de ponderación es muy imperfecta y no se justifica por el hecho de que haya sido tomada literalmente del artículo 3.2 de la directiva. Según la norma, quedarán «igualmente

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

prohibidas» las siguientes prácticas comerciales, «a menos que las partes hayan acordado previamente de manera clara y sin ambigüedad...», y a continuación se describe el supuesto de cada práctica; compendiados éstos, son los siguientes:

- a) que el comprador devuelva al proveedor los productos no vendidos, sin pagar por ellos o por su eliminación;
- b) que se cargue a una de las partes un pago como condición por el almacenamiento, la exposición o la inclusión de los productos en una lista de referencias o por su puesta a disposición en el mercado;
- c) que (la parte compradora) imponga (al proveedor) que asuma total o parcialmente el coste de los descuentos de los productos vendidos como parte de una promoción, a menos que antes de la promoción se especifique su duración y la cantidad prevista de los productos que se venderán con descuento;
- d) que una parte exija a la otra que pague por la publicidad o por la comercialización de los productos;
- e) que una parte cobre a la otra por el personal de acondicionamiento de los locales utilizados para la venta.

Cuando se impongan al proveedor, ya sean pagos, ya gastos de los aquí especificados, se entregará al proveedor por escrito una estimación de los gastos y cantidades que procedan.

### 3. Incongruencias

#### — *Incongruencia 1*

No es congruente que existan supuestos grises que consistan en la exigencia de pagos laterales al proveedor, «que no están relacionados con la venta de los productos» (así, las letras *b*, *c*, *d*, *e*, *f* del apdo. 2 del art. 14 *bis* PL) y que, sin embargo, la letra *d* del apartado 1 califique de práctica absolutamente prohibida «que una de las partes exija a la otra pagos que no estén relacionados con la venta». Ambos tipos prohibitivos se solapan, de forma que se aboca al curioso resultado de que sólo las *conductas residuales* que no estén referenciadas en el artículo 14 *bis*, apartado 2, serán consideradas prácticas absolutamente prohibidas. En consecuencia, los compradores tienen incentivos y posibilidades de encubrir en alguno de los nichos de este apartado 2 cualquier pago «no relacionado» con la venta.

## — *Incongruencia 2*

La práctica e del apartado 1 se expresa mal, pues no se trata de que el proveedor «pague por el deterioro o la pérdida» ocurridos en los locales del comprador o estando los bienes bajo propiedad de éste, sino que «soporte el riesgo» de esta pérdida, es decir, que no cobre el precio de venta de estos bienes perdidos o deteriorados. Pero entonces la calificación ya no es congruente con la práctica gris de la letra a del artículo 14.2, pues éste es también un caso en que el proveedor deja de cobrar como consecuencia de la *asunción de un riesgo anormal* y, sin embargo, la práctica no está absolutamente prohibida.

## — *Incongruencia 3*

La práctica absolutamente prohibida del apartado 1, letra e, queda sin sentido si las partes recalifican el contrato y sus riesgos. Es decir, si simplemente se pacta que el riesgo de pérdida o deterioro lo sufre el proveedor siempre que aquéllos no se deban a culpa del comprador, sin que el proveedor tenga que «pagar» nada. Es decir, se huye de una cláusula prohibida de «pago no relacionado» y se desemboca en una cláusula permitida (ni siquiera gris) de puro reparto de riesgos. Por la misma razón, la cláusula a del apartado 2 (gris) también puede ser neutralizada por vía de calificación contractual, bastando con que las partes denominen «contrato estimatorio» al vínculo jurídico de suministro. En efecto, no hace falta entonces que se *violente* el contrato de compraventa permitiendo que el comprador devuelva productos no revendidos; basta con que se califique el contrato de contrato estimatorio, y no de contrato de compraventa, produciendo aquél como *efecto natural* lo que en la compraventa estaría prohibido.

## 4. De la práctica gris a la práctica permitida

### — «*Previamente*»

Éste es el primer requisito del supuesto de hecho que cualifica una cláusula para que sea considerada gris en su tránsito a la licitud. Pero la exigencia es superflua porque inmediatamente la norma permite que la cláusula en cuestión se haya acordado *en cualquier contrato posterior* entre las partes. Esto es, el proveedor (la parte «débil») se puede encontrar con una cláusula que legitima una práctica prohibida en un momento en que aquél ya ha realizado su entrega sin sospechar de la futura existencia de esta cláusula (prohibida).

### — «*Acordado*»

Las partes han de haber «acordado» la práctica de que se trata. Pero no es preciso que la cláusula en cuestión haya sido *negociada*, y muy bien puede estar contenida en una cláusula de adhesión predeterminada por la parte compradora, es decir, en las

*condiciones generales de la contratación.* En este caso, procede la aplicación (suplementaria) del artículo 5.1, párrafo segundo, de la Ley 7/1998 (información expresa sobre su existencia y provisión de un ejemplar) y que las condiciones predispuestas se redacten con transparencia, concreción y sencillez. A poco que reflexionemos, llegamos al resultado práctico de que todo lo que exige la nueva ley (de cadena alimentaria) para que una cláusula de ponderación sea válida es poco más o menos lo mismo que exigía la Ley 7/1998 para que una cláusula quedara incorporada al contrato.

— «De manera clara y sin ambigüedad»

El acuerdo debe haberse plasmado en un soporte documental (art. 14 bis apartado 1, letra f) que sea claro y carezca de ambigüedad. «Claridad» exige el artículo 5.5 de esta Ley 7/1998, si la cláusula está incorporada en una condición general, para que pueda llegar a formar parte del contrato. Pero el proyecto de ley impone esta exigencia con carácter general, aunque se pacte en un contrato negociado y no predispuesto. Parafraseando el artículo 7 b de la Ley 7/1998, una cláusula no es clara si resulta «ilegible, ambigua, oscura e incomprensible». Pero aquí hay que observar una diferencia fundamental: si la cláusula está inserta en una condición general predispuesta y resulta no ser clara *prima facie*, la cláusula en cuestión no queda incorporada al contrato y, en consecuencia, la práctica afectada finalmente resulta prohibida. Pero, si la cláusula ha sido negociada entre las partes, el hecho de no ser «clara» *prima facie* no dispara su eliminación, sino la necesidad de aplicar el protocolo de interpretación contractual de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil y de decidir sobre el sentido de la cláusula al fin del proceso interpretativo. En este caso, habrá que acudir a los actos posteriores y anteriores de las partes, a los usos y a la buena fe, al principio de efectividad (se presume que una cláusula tiene efecto, y no se presume que carece de él), al principio de globalidad de la interpretación. Si la cláusula sigue siendo oscura, se aplicará la regla *contra proferentem* del artículo 1288 del Código Civil y, finalmente, como regla de cierre, habrá de ser interpretada en el sentido más conforme con el equilibrio del contrato, salvo que no pueda llegarse a saber de ninguna manera qué quiso significar la mentada cláusula. El resultado es, entonces, que las cláusulas oscuras o ambiguas que legitiman alguna de las prácticas grises no se eliminan del contrato (haciendo, por ende, negra la práctica que sólo era gris) si las cláusulas en cuestión no están predispuestas como condiciones generales de la contratación. Estas cláusulas oscuras o ambiguas tendrán, por el contrario, que ser *interpretadas* conforme a los medios ordinarios de interpretación *para que dejen de ser oscuras o ambiguas*, con la consecuencia de que *finalmente* (al final del proceso interpretativo) *la práctica gris queda legitimada porque habrá sido interpretada.*