



**Estudio:**

ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN E  
INSTITUCIONALIDAD NACIONAL RELATIVA A LA COMPETENCIA Y LAS  
PRÁCTICAS INJUSTAS O DESLEALES DE COMERCIO EN LOS MERCADOS DE  
LA AGROINDUSTRIA Y EL SECTOR FORESTAL

Javier Velozo A.  
Ximena Rojas P.

Informe Final  
Diciembre de 2015

Oficina de Estudios y Políticas Agrarias  
[www.odepa.gob.cl](http://www.odepa.gob.cl)

Estudio encargado por la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (Odepa)  
del Ministerio de Agricultura

2015

Directora y Representante Legal  
Claudia Carbonell Piccardo

Informaciones:

Centro de Información Silvoagropecuaria, CIS  
Valentín Letelier 1339 - Código Postal 6501970  
Teléfono (56-2) 2397 3000 - Fax (56-2) 2397 3044  
[www.odepa.gob.cl](http://www.odepa.gob.cl)

El presente estudio es susceptible de ser reproducido total o parcialmente bajo condición de que sea citada su fuente. Se hace presente, que si bien la investigación en este caso ha sido encargada por Odepa, las conclusiones de que da cuenta no necesariamente representan la opinión de esta última.

**ÍNDICE**

<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>4</b>
<b>II. LEGISLACIÓN E INSTITUCIONALIDAD COMPARADA EN MATERIA DE RESGUARDO Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LOS SECTORES AGRÍCOLA Y FORESTAL Y POLÍTICAS Y/O INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS REFERIDOS AL PODER DE NEGOCIACIÓN Y LAS PRÁCTICAS COMERCIALES</b>	<b>10</b>
<b>A. UNIÓN EUROPEA</b>	<b>10</b>
a) El Libro Verde sobre las Prácticas Comerciales Desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa.	10
b) Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones para hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas	13
c) Unión Europea- Política Agrícola Común Revisada (2013)	15
d) Tratamiento de las Prácticas Injustas de Comercio(PIC) a nivel nacional en los estados miembros de la unión Europea	20
1) Alemania	21
2) Austria	25
3) Francia	28
4) Italia	34
5) República Checa	36
6) España	39
<b>B. ESTADOS UNIDOS</b>	<b>45</b>
<b>C. ASIA</b>	<b>50</b>
a) Japón	50
b) Corea del Sur	51
<b>III. ANÁLISIS DE LAS LEGISLACIONES REVISADAS</b>	<b>54</b>
<b>IV. LEGISLACIÓN E INSTITUCIONALIDAD CHILENA EN MATERIA DE RESGUARDO Y PROMOCIÓN DE LA SANA COMPETENCIA EN LOS SECTORES AGRÍCOLA Y FORESTAL Y POLÍTICAS Y/O INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS REFERIDOS AL PODER DE NEGOCIACIÓN Y LAS PRÁCTICAS COMERCIALES</b>	<b>56</b>
Sentencias del TDLC	60
Sentencia N°7/2004	60
Sentencia N° 27/2005	61
Resolución N°31/2009	62
Sentencia N°99/2010	63
<b>V. PRACTICAS INJUSTAS DE COMERCIO TRATADAS EN LAS LEGISLACIONES EXAMINADAS</b>	<b>66</b>
<b>VI. LA SITUACIÓN EN LOS MERCADOS DE LA AGROINDUSTRIA Y EL SECTOR FORESTAL EN CHILE, LAS PIC Y LAS HERRAMIENTAS EXISTENTES PARA ENFRENTARLAS. LAS LECCIONES QUE PUEDEN EXTRAERSE DE LA EXPERIENCIA COMPARADA</b>	<b>69</b>
<b>VII. PROPUESTAS PARA EL ESTUDIO DE UN EVENTUAL CAMBIO NORMATIVO</b>	<b>75</b>

- Cambios a la legislación de competencia en orden a introducir ilícitos como el abuso de dependencia económica y el abuso de poder significativo de mercado, y a nuevas facultades al TDLC 75
- Introducción de normativa específica, pero transversal, sobre PIC en el Código de Comercio 77
- Introducir nuevas figuras en la Ley de Competencia Desleal 77
- Introducción de normativa sectorial específica que contemple medios alternativos de solución de controversias 78
- Fomentar la adopción de códigos de conducta destinados a hacer frente a los desequilibrios en la cadena de suministro 79

## I. INTRODUCCIÓN

### LAS PRÁCTICAS INJUSTAS DE COMERCIO (PIC) Y EL CONTEXTO EN QUE ESTAS SE PRODUCEN

En términos generales, la existencia de PIC en la cadena de suministro se debe a desequilibrios en el **poder de negociación** entre las partes en una relación comercial, siendo más problemáticas cuando una de estas partes se encuentra en una situación de **dependencia económica** respecto de la otra. Dependiendo de las condiciones del mercado respectivo, dicha situación puede aparecer en varios segmentos de la cadena de valor, tanto en el lado de la compra como en el de la venta de productos. Cabe hacer presente que muchas de las situaciones de desequilibrios en el poder de negociación y dependencia económica pueden no estar cubiertas por el **derecho de la competencia**, por ejemplo, por no tener la parte en mejor posición para negociar una posición de dominio en el mercado relevante<sup>1</sup>.

*Poder de mercado: Una empresa tiene poder de mercado cuando es capaz, en un grado significativo, de comportarse de manera independiente de sus competidores y consumidores.*

*Mercado Relevante: El mercado relevante de producto está compuesto por todos los productos o servicios que el consumidor considera como sustitutos entre ellos, en consideración a sus características, precios y usos. El mercado relevante geográfico es un área en la que las condiciones de competencia de un producto determinado son homogéneas*

*Abuso explotativo: Los abusos explotativos pueden ser definidos como intentos de una empresa dominante de usar las oportunidades que le otorga su poder de mercado a fin de perjudicar directamente a los consumidores<sup>2</sup>. En el caso de la relación productor/procesador*

---

<sup>1</sup>Ver al respecto, por ejemplo, *Study on the legal framework covering Business to Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain- Final Report - 26 February 2014- Prepared for the European Commission, DG Internal Market DG MARKT/2012/049/E*

<sup>2</sup>*CE Mosso and S Ryan 'Article 82 – Abuse of a Dominant Position' in J Faull and A Nikpay (eds.) The EC Law of Competition (Oxford University Press Oxford 1999) 146.*

*-con proveedores atomizados y procesadores poderosos y concentrados- podríamos definir abuso explotativo como el intento de un procesador poderoso de usar la habilidad que le otorga su posición de poder a fin de perjudicar directamente a los productores, a través de, por ejemplo, el pago de precios bajos por sus productos o de discriminar en los precios pagados a productores (pagos menores a productores más débiles.*

En términos teóricos, el poder de negociación<sup>3</sup> se manifiesta cada vez que una de las partes de una relación comercial tiene una “mejor alternativa al acuerdo negociado”<sup>4</sup> en comparación a la otra parte, lo que otorga a la primera una ventaja en la negociación de los términos y condiciones del contrato devengándole, en consecuencia, una mayor proporción de los excedentes generados por éste<sup>5</sup>.

Las causas de los desequilibrios en el poder de negociación son diversas y dependen de factores variados, tales como el alcance y naturaleza de los costos de cambio que cada parte enfrenta de reemplazar a la contraria, el hecho de que una de las partes esté en una situación de dependencia económica de la otra, la existencia de fallas del mercado en el que las partes se desenvuelven -como asimetrías de información y contratos incompletos-, la naturaleza perecedera de los bienes suministrados, el “factor miedo” y problemas de acceso a la justicia de las partes más vulnerables de la relación comercial.

Un factor clave en el análisis de las PIC es la presencia de **costos de cambio**, que pueden ser definidos como “barreras de salida” de una relación comercial. Los costos de cambio son aquellos que surgen en el evento de que una parte de la relación comercial decida cambiar de contraparte y entrar en una nueva relación comercial<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup>Es importante destacar que los desequilibrios en el poder de negociación están siempre presente en las tratativas contractuales, por lo que la normativa sobre el abuso de dependencia económica y el abuso de poder de negociación superiores a menudo se refiere a desequilibrios excesivos o significativos creados por la negociación como un efecto del abuso.

<sup>4</sup> De BATNA, Best Alternative to a Negotiated Agreement

<sup>5</sup>Ayres and Nalebuff, 1997, citado en “Study UTP Legal Framework”

<sup>6</sup>Un ejemplo de costos de cambio en el contexto de relaciones B2B ocurre en los casos en los que una de las partes tiene que realizar más inversiones específicas a la transacción que su contraparte, lo que puede suceder cuando una de las partes tiene que capacitar a su personal, comprar equipos determinados o seguir

El efecto de los costos de cambio es poner a la parte que soporta aquellos que son relativamente más bajos en una situación en la que puede renegociar el contrato, modificando su comportamiento de manera estratégica, y usando el contrato a su favor<sup>7</sup>.

Pueden también ocurrir **situaciones de dependencia** de facto cuando una parte de la relación comercial representa una porción significativa de las ventas o suministros de la otra parte o ha hecho inversiones específicas a esa relación contractual. En estos casos, puede ser muy difícil o imposible para una parte firmar contratos con clientes o proveedores alternativos.<sup>8</sup>

Los costos de cambio también pueden ser altos cuando una de las partes depende de su contraparte debido a otros factores -como la tecnología y *know-how*- de modo que no tiene otra alternativa real.

Asimismo, intentar cambiar de contraparte, debido a la imposición de PIC dentro de una relación comercial, puede no ser posible si la práctica en cuestión está muy extendida en la industria y las contrapartes alternativas no garantizan un mejor tratamiento a la parte más débil (que desea cambiar de contraparte).

Otro escenario en que es probable que surjan PIC existe cuando hay **diferencias en la capacidad de las partes del contrato para recopilar información** relativa a la transacción en cuestión. La necesidad de las PYMEs de reunir información sobre todos los aspectos de una relación contractual puede no estar en armonía con su disponibilidad de recursos. Esto puede conducir a situaciones de “ignorancia racional” en las que a pequeños proveedores les resulta racional no reunir toda la información posible sobre una

---

*un patrón específico de producción para poder satisfacer las necesidades de un cliente exclusivo o importante. Todos estos costos se perderían en caso de que la relación terminase, por lo que pueden ser considerados como costos hundidos. Lo anterior otorga al cliente un poder de negociación sustancial en la relación.*

<sup>7</sup>*Por ejemplo, sabiendo que la contraparte no tiene posibilidad real de cambiarse a un proveedor alternativo, una empresa puede decidir aplazar la entrega de determinados bienes o reducir la calidad de los materiales para reducir sus costos y aumentar sus márgenes.*

<sup>8</sup>*Puede no existir una alternativa real a la contraparte en el mercado o cambiar a la contraparte puede requerir un tiempo y esfuerzos significativos.*

determinada oferta de contrato. La consecuencia típica de esta situación es que el contrato ya contiene términos y condiciones que no han sido totalmente negociados, y que trasladan el riesgo comercial desde la parte más fuerte a la parte más débil, la que desconoce este traspaso.

Del mismo modo, existen **contratos incompletos** debido a la capacidad limitada de pequeños proveedores para negociar totalmente el contrato y adquirir información sobre el contenido de todas sus cláusulas. En este caso, la parte más fuerte o más informada puede explotar los vacíos del acuerdo a su favor, en detrimento de la otra parte. Estas prácticas pueden resultar en comportamientos estratégicos después de la firma de un contrato –durante su ejecución o renegociación– en especial cuando la asimetría de información va acompañada de desequilibrios en el poder de negociación.

Otro factor que podría reducir el poder de negociación y la disponibilidad de alternativas para determinados proveedores, especialmente del sector alimentario, es el **carácter perecedero de los productos** que venden. Los agricultores y los pequeños proveedores de productos perecederos pueden no tener alternativa real, a nivel local, que abastecer al procesador más cercano. En este caso, el mercado geográfico relevante, desde la perspectiva de clientes alternativos, se contrae significativamente, produciéndose un oligopsonio de hecho a nivel local. La ausencia de una contraparte alternativa reduce sustancialmente la posibilidad para los proveedores de ejercer cualquier forma de poder de negociación compensatorio.

Una situación similar ocurre cuando **los bienes son estacionales**, como muchos del sector agroalimentario. La imposibilidad de almacenar alimentos por un período suficientemente largo puede impedir al proveedor negociar mejores términos y condiciones cuando sus contrapartes son pocas y de gran tamaño.

La posibilidad de que las partes más fuertes en una relación comercial puedan imponer condiciones y PIC a las partes más débiles podría, en teoría, limitarse de manera significativa por la existencia de normas legales que protegen a las últimas. Sin embargo,



si se considera la existencia del “**factor miedo**”, es poco probable que las partes más débiles tengan un incentivo suficiente para demandar a su contraparte por la comisión de dichas prácticas. El factor miedo se puede explicar aludiendo, en clave de teoría de juegos, a un “juego repetido”, por cuanto las relaciones entre productores y procesadores a menudo son de naturaleza prolongada e iterativa. Dado que es probable que la decisión de demandar gatille, como una represalia, la terminación de la relación con la contraparte en el futuro, la ausencia de una verdadera alternativa al acuerdo negociado dificulta la posibilidad, para la parte débil, de confiar en el sistema legal para obtener protección contra las PIC. En esta situación, la parte débil está confinada a una relación comercial insatisfactoria por falta de alternativas. Cuando dicha parte ha realizado inversiones específicas a la transacción, esta situación de *lock-in* puede ser aun peor, por cuanto si el contrato produce pérdidas para la parte débil que son inferiores a aquellas en que incurriría si terminase el contrato, dicha parte decidirá quedarse en la relación y perder dinero.

La evidencia del “factor miedo” es, por definición, muy difícil de reunir, pues el miedo resulta en inacción en lugar de acción<sup>9</sup>.

Cabe señalar que el “factor miedo” puede existir en cualquier relación de largo plazo, especialmente aquellas basadas en la confianza, como las relaciones proveedor-procesador. En muchos casos, las empresas sabrán *ex ante* que en caso de que sus contrapartes realicen PIC, no les será fácil terminar la relación comercial. El resultado probable de esta situación es que, por falta de una estrategia de salida y en vista del incentivo que tiene su contraparte para realizar PIC durante la relación, la parte más débil decida no invertir.

---

<sup>9</sup>Algunos gobiernos europeos –Irlanda, Holanda y Portugal, entre otros- y la misma Comisión Europea en su *Green Paper*, han señalado que la magnitud de este factor es importante y es una de las causas de la escasa aplicación de las leyes existentes en los tribunales.

Un aspecto importante que afecta el comportamiento de las partes más débiles de la cadena de suministro es la dificultad de garantizar **el acceso a la justicia** a un costo razonable. En las relaciones comerciales en que una parte es más vulnerable que la otra, tiene recursos financieros limitados y pocas o ninguna alternativa a la relación comercial actual, la posibilidad de embarcarse en una disputa legal dependerá en gran medida de lo favorable que las normas procesales sean, y qué tan eficiente es el sistema de solución de controversias vigente.

En términos generales, mientras mayor sea la incertidumbre sobre los tipos específicos de PIC proscritos, la forma en que un caso de PIC va a ser resuelto, la duración del procedimiento, y el tipo de remedios que pueden ser impuestos, más baja será la probabilidad de que una parte decida utilizar los sistemas de solución de controversias<sup>10</sup>.

El objeto de este informe, elaborado por encargo de la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias del Ministerio de Agricultura (ODEPA), es realizar un análisis comparado de la legislación e institucionalidad de diversos países relativa a la competencia y las prácticas injustas o desleales de comercio en los mercados de la agroindustria y el sector forestal, incluyendo Chile, con el fin de obtener conclusiones útiles que puedan derivar en la formulación en nuestro país de políticas públicas efectivas para promover una relación más equilibrada entre contratantes que actúan en estos sectores económicos y que, a la vez, promueva la competencia en los mercados respectivo

---

<sup>10</sup>Varias jurisdicciones de la UE tienen sistemas basados en principios generales, a menudo incluidos en el derecho contractual, que no proporcionan seguridad jurídica respecto a los tipos de PIC abordados.

## II. LEGISLACIÓN E INSTITUCIONALIDAD COMPARADA EN MATERIA DE RESGUARDO Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LOS SECTORES AGRÍCOLA Y FORESTAL Y POLÍTICAS Y/O INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS REFERIDOS AL PODER DE NEGOCIACIÓN Y LAS PRÁCTICAS COMERCIALES

### A. UNIÓN EUROPEA

Si bien las prácticas comerciales desleales se han tratado en el contexto de diversas iniciativas<sup>11</sup>, en la actualidad no existe un marco reglamentario específico de la Unión Europea (UE) que regule este aspecto entre empresas que interactúan en la cadena de suministro alimentario y no alimentario.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar las siguientes iniciativas y acciones:

#### a) **El Libro Verde sobre las Prácticas Comerciales Desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa.**<sup>12</sup>

En enero de 2013 la Comisión Europea (“la Comisión”) publicó un Libro Verde sobre las Prácticas Comerciales Desleales (“PCD”)<sup>13</sup> destinado a recabar las opiniones de los interesados acerca de la incidencia de dichas prácticas en la cadena de suministro alimentario y no alimentario en Europa y a definir posibles remedios para enfrentarlas.

---

<sup>11</sup>Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa, COM (2009) 591, de 28 de octubre de 2009; Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno, COM (2007)725, de 20 de noviembre de 2007; Ejercicio de supervisión del mercado del comercio y de la distribución (véase la nota 11 anterior), Acta del Mercado Único (véase la nota 13 anterior).

<sup>12</sup>Libro verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa- COM(2013) 37 Final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0037:FIN:ES:PDF>

<sup>13</sup>*Ibid*

Para estos efectos, la Comisión caracterizó y describió las PCD de la siguiente manera:

“Se hace aquí referencia particularmente a las prácticas comerciales desleales en las negociaciones precontractuales que posteriormente se incorporan a las cláusulas del contrato (...) en ciertos casos en los que una de las partes contratantes se encuentra en una posición de mayor fuerza para negociar, puede unilateralmente imponer condiciones a la contraparte que se halla en una situación más débil, configurando así en exceso la relación comercial de tal forma que favorezca exclusivamente sus propios intereses económicos. En particular, la parte contratante podrá utilizar condiciones notablemente desequilibradas y, debido a su posición de fuerza, no las negociará por separado. En tales situaciones, la parte más débil puede no estar en condiciones de rechazar esas exigencias desfavorables impuestas unilateralmente, por miedo a no celebrar el contrato o, incluso, a ser expulsada del mercado. Esta desigualdad en las posiciones de negociación puede deberse a diversos factores, por ejemplo, una diferencia significativa en las dimensiones o el volumen de negocios relativos de las partes, la existencia de una dependencia económica o costos irrecuperables significativos ya soportados por una de las partes (por ejemplo, cuantiosas inversiones iniciales).”<sup>14</sup>

Las prácticas comerciales desleales son habitualmente impuestas, en casos de desequilibrio de fuerzas, por una parte que se halla en situación de superioridad a otra que se halla en situación de inferioridad, la que a menudo no está en posición de abandonar la relación desleal y buscar otro socio comercial, debido a los costos que implica tal cambio o a la falta de alternativas al primer contratante (...). La situación de desequilibrio puede darse en cualquiera de los lados de la relación entre empresas: tanto los minoristas como los proveedores pueden ser víctimas de prácticas comerciales desleales y estas pueden ocurrir en cualquier eslabón de la cadena de suministro minorista entre empresas. Pueden surgir estas situaciones, por ejemplo, en el caso de los productores agrícolas, que a menudo no tienen sino un número limitado de socios

---

<sup>14</sup>*Ibid*

comerciales entre los que elegir para la venta de su producción y que, por las características intrínsecas de numerosos productos, pueden verse en la imposibilidad de almacenar su producción durante un tiempo más largo para obtener mejores condiciones de compra.

Las prácticas comerciales desleales pueden verificarse en cualquier fase de la relación entre empresas (...)"<sup>15</sup>

Los resultados de la consulta pública llevada a cabo seguidamente por la Comisión Europea permitieron extraer las siguientes conclusiones:

1. Si bien las PCD pueden, en principio, estar presentes en cualquier sector, las respuestas de los interesados indican que son especialmente problemáticas en la cadena de suministro alimentario.
2. Las principales categorías de tales prácticas, señaladas en el Libro Verde y confirmadas por algunas partes interesadas, pueden describirse como sigue:
  - el uso indebido con carácter retroactivo, por parte de un socio comercial, de cláusulas contractuales imprecisas, ambiguas o incompletas;
  - el traslado abusivo e imprevisible de costos o riesgos por parte de un socio comercial a su contraparte;
  - la utilización de información confidencial por parte de un socio comercial; y,
  - la interrupción o terminación desleal de una relación comercial.
3. Entre las prácticas problemáticas se mencionaron también las restricciones territoriales de suministro, impuestas a los minoristas por proveedores multinacionales que impiden a aquellos abastecerse de productos idénticos en otro país o a partir de una central. Sin embargo, las restricciones territoriales son de naturaleza distinta a las PCD enunciadas más arriba, por lo que la Comisión las examinó por separado.

---

<sup>15</sup>*Ibid*

**b) Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones para hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas<sup>16</sup>**

La Comunicación de la Comisión, además de hacer un diagnóstico de la situación de las PCD a nivel comunitario y nacional, propone una estrategia para enfrentarlas, invitando a los estados miembros y a las empresas de la cadena de suministro a tomar una serie de acciones. Entre éstas se encuentra la adopción generalizada en el mercado de la *Iniciativa de la Cadena de Suministro*<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>COM(2014) 472 final

<sup>17</sup>La *Iniciativa de la Cadena de Suministro* se desarrolló en el marco del Foro de Alto Nivel sobre la Mejora del Funcionamiento de la Cadena Alimentaria, instaurado por la Comisión Europea y que está integrado por autoridades nacionales y representantes de las principales partes interesadas a escala de la UE, tanto proveedores como minoristas, del sector alimentario. En noviembre de 2011, todos los representantes del mercado participantes en el grupo de trabajo del Foro sobre las prácticas comerciales desleales consensuaron una serie de principios de buenas prácticas en las relaciones verticales de la cadena de suministro alimentario ([www.supplychaininitiative.eu](http://www.supplychaininitiative.eu)). Cabe citar entre dichos principios: la previsibilidad de las modificaciones de las cláusulas contractuales; la responsabilidad por el propio riesgo empresarial; y el carácter lícito de las exigencias y los gastos. En una segunda etapa se creó, en septiembre de 2013, un marco voluntario para la aplicación de los principios de buenas prácticas (*Iniciativa de la cadena de suministro*). Las empresas pueden adherirse a esa *Iniciativa* una vez que hayan verificado que cumplen los principios de buenas prácticas. De acuerdo con el marco y con sujeción a determinadas condiciones, los conflictos individuales pueden solventarse a través de mecanismos de resolución de litigios o procedimientos de mediación y arbitraje. A fin de evitar las PCD, el marco de aplicación se centra en los requisitos organizativos a nivel de la empresa, en particular la formación del personal y la posibilidad de participar en los mecanismos de resolución de litigios definidos en el marco. El incumplimiento de dichos requisitos puede llevar a excluir de la *Iniciativa* a la empresa de que se trate. El marco obliga a sus miembros a garantizar que las partes más débiles que recurran a los mecanismos de resolución de litigios no sean objeto de represalias comerciales. La gestión de la *Iniciativa* está a cargo de un grupo de gobernanza integrado por diversas asociaciones de interesados, que representan a los operadores de la cadena de suministro alimentario. Después de nueve meses de su puesta en marcha, se habían adherido 98 grupos o empresas de los sectores de comercio minorista y mayorista y del sector manufacturero, que representan a 736 empresas en funcionamiento de todos los Estados miembros de la UE. El número de PYMEs participantes va en aumento. Sin embargo, no todas las asociaciones de interesados pertinentes han suscrito el marco. En particular, los representantes de los productores primarios (esto es, agricultores) y la industria de transformación cárnica se han abstenido de participar en el grupo de gobernanza de este mecanismo a nivel de la UE. Aun estando de acuerdo con los principios, estos interesados expresan reservas por el hecho de que no se prevea un control del cumplimiento

La Iniciativa de la Cadena de Suministro no prevé una definición precisa de PCD, si bien establece una lista de principios de buenas prácticas, así como ejemplos de PCD. Esos principios han sido adoptados de común acuerdo por todas las asociaciones pertinentes de partes interesadas de la Unión Europea en la cadena vertical de suministro alimentario en el marco del Foro de Alto Nivel<sup>18</sup>.

Tales principios constituyen un punto de partida útil para delimitar las prácticas desleales que podrían abordarse a través de iniciativas sobre las PCD. La delimitación de las PCD, a su vez, permite la definición de principios para combatirlas.

Los principios definidos en el Foro de Alto Nivel y que recoge la Iniciativa de la Cadena de Suministro son los siguientes:

Acuerdos escritos: los acuerdos deberán formularse por escrito, a menos que no sea factible o cuando los acuerdos verbales sean mutuamente aceptables y convenientes. Habrán de ser claros y transparentes y recoger el mayor número posible de elementos pertinentes y previsibles, incluidos los derechos y los procedimientos de resolución.

Previsibilidad: no se introducirán modificaciones unilaterales en las cláusulas contractuales a menos que esta posibilidad y sus circunstancias y condiciones se hayan contemplado y fijado con antelación. Los acuerdos deberán definir el procedimiento con arreglo al cual hayan de discutirse entre las partes las modificaciones necesarias, en su caso, para la aplicación del acuerdo, o debidas a circunstancias imprevisibles, según lo previsto en el acuerdo.

Cumplimiento: los acuerdos deberán cumplirse.

Información: cuando se intercambie información, se actuará en estricto cumplimiento de la normativa de competencia y demás disposiciones legislativas

---

*independiente y eficaz en la Iniciativa de la Cadena de Suministro. No obstante, algunos de ellos sí participan a nivel nacional.*

<sup>18</sup>Foro de Alto Nivel sobre la Mejora del Funcionamiento de la Cadena Alimentaria, creado por la Comisión en 2010.

aplicables y las partes deberán tomar precauciones razonables para garantizar que la información facilitada sea correcta y no engañosa.

Confidencialidad: deberá respetarse la confidencialidad de la información, salvo que esta ya sea pública o haya sido obtenida por la parte destinataria legítimamente y de buena fe, de manera independiente. La parte destinataria utilizará la información confidencial únicamente para el fin para el cual le haya sido comunicada.

Responsabilidad por riesgo: todas las partes contratantes de la cadena de suministro deberán asumir sus propios riesgos empresariales.

Exigencias lícitas: las partes contratantes no recurrirán a la amenaza para obtener un beneficio indebido o transferir un costo injustificado.

### **c) Unión Europea- Política Agrícola Común Revisada (2013)**

La nueva política agrícola común (PAC) y la nueva Política Pesquera Común (PPC) refuerzan la posición de los productores en la cadena de suministro frente a los agentes siguientes que participan en la misma cadena (compradores de los bienes de los productores, como los procesadores), en particular apoyando la creación y el desarrollo de organizaciones de productores. La nueva organización común de mercados incluye también elementos orientados a reducir la disparidad de poder de negociación entre los agricultores y otros operadores de la cadena de suministro alimentario en algunos sectores concretos (leche, aceite de oliva, carne de vacuno y cultivos herbáceos). La nueva normativa ofrece además a los Estados miembros la posibilidad de imponer la obligatoriedad de contratos escritos



en otros sectores agrarios, con sujeción a ciertas salvaguardias que garanticen que dichas disposiciones no vayan en detrimento del correcto funcionamiento del mercado interior.<sup>19</sup>

La PAC fue adoptada en el año 2013 por el Consejo y el Parlamento europeos e incluyó nuevas normas relativas a la comercialización –por parte de productores- de productos agrícolas. El origen de este esfuerzo de política pública se remonta al año 2011 cuando, tras varias consultas públicas y una Evaluación de Impacto llamada "Política Agrícola Común hacia el 2020", la Comisión Europea (CE) propuso una PAC revisada. En su Evaluación, la CE expuso el contexto de las políticas y definió el problema de los agricultores europeos. En particular, señaló que para los agricultores más pequeños, la estructura fragmentada y la rentabilidad relativamente baja, junto con insuficiente capital humano en el sector, limitaba la posibilidad de que muchos agricultores individuales pudiesen optimizar sus decisiones de producción y comercialización. Lo anterior también limitaría el grado de cooperación entre los productores para fortalecer su poder de negociación en sus relaciones con industrias más concentradas aguas arriba y aguas abajo. Por otra parte, la Evaluación enfatizó la necesidad de mejorar el funcionamiento de la cadena de suministro de alimentos y la creación de las condiciones adecuadas para hacer que el sector agrícola fuese más competitivo e innovador, también mediante el fomento de acciones de colaboración, que al mismo tiempo garantizaran la competencia.

Las nuevas normas de la PAC adoptadas por el legislador europeo con respecto a la comercialización de productos agrícolas apuntan, entre otras cosas, a fortalecer la competitividad de los productores respectivos, incluyendo su capacidad de negociación *vis a vis* con sus compradores y preservando un enfoque *market-based*. Estas normas incluyen la posibilidad de cooperación entre productores de determinados productos agrícolas a través de negociaciones y ventas conjuntas.

---

<sup>19</sup>El "Reglamento de la OCM" es el Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establece una organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 y (CE) n° 1234/2007, publicado en el DO L 347 de 20.12.2013, p. 671.

En su Evaluación, la CE había analizado qué tipo de "medidas de mercado" podrían adoptarse respecto al funcionamiento de la cadena alimentaria. Al respecto, sugirió un marco para mejorar, mediante el fomento de la cooperación entre ellos, las capacidades de negociación de los productores agrícolas (agricultores), sus relaciones contractuales y la transparencia de precios a lo largo de la cadena alimentaria. La CE identificó tres enfoques alternativos respecto al nivel de regulación: i) cooperación flexible<sup>20</sup>; ii)

---

<sup>20</sup>COMMISSION STAFF WORKING PAPER IMPACT ASSESSMENT Common Agricultural Policy towards 2020

*ANNEX 5, página 13: Cooperación Flexible: Si bien esta opción no prevé cambios adicionales en la PAC distintos de los que ya están en proceso (paquete de la leche de 2010), considera la posibilidad de un uso más eficiente de las medidas actualmente disponibles, mediante el apoyo a la cooperación pro competitiva entre agricultores.*

*De la mayor relevancia es mejorar el uso de la amplia gama de posibilidades que los agricultores tienen de acuerdo a las normas de competencia actuales para participar en varias formas de cooperación, relacionadas con producción y comercialización conjuntas, incluyendo la consolidación de activos de producción (en cooperativas), racionalización de las actividades de marketing y / o integración vertical de las etapas de recopilación y procesamiento. Esta opción podría incluir medidas destinadas a difundir entre los agricultores la existencia de dichas posibilidades -las que a menudo no son aprovechadas- a través del sistema de asesoramiento agrícola y medidas de desarrollo rural que promueven el conocimiento y la innovación (por ejemplo, acciones de información).*

cooperación mejorada<sup>21</sup>; y, iii) cooperación regulada<sup>22</sup>. El enfoque de la cooperación regulada fue el único que discutió en detalle la venta de los productos en el mercado e

---

<sup>21</sup>Ibid, páginas 13 y 14: *Cooperación mejorada: Esta opción amplía el enfoque flexible, proporcionando una mayor seguridad jurídica para la cooperación a través de organizaciones de productores, asociaciones de organizaciones de productores organizaciones interprofesionales. En consecuencia, los Estados miembros deberán reconocer organizaciones de productores (OP) y asociaciones de organizaciones de productores (AOP) en todos los sectores cubiertos por la OCM, incluidos aquellos en los que no está previsto según la legislación vigente.*

*Las OP pueden perseguir cualquiera (o varios) de los siguientes objetivos:*

- *planificación de la producción y adecuación de la producción a la demanda, particularmente en términos de calidad y cantidad;*
- *concentración de la oferta y colocación de los productos producidos por sus miembros en el mercado;*
- *optimización de los costos de producción y estabilización de los precios de los productores;*
- *protección y mejora del medio ambiente;*
- *Proporcionar información y mejorar el conocimiento y la transparencia de la producción y los mercados;*
- *mejorar la calidad y la participación en sistemas de etiquetado de calidad.*

*Las reglas para las asociaciones de organizaciones de productores (AOP) se basarían en la legislación actualmente vigente para los sectores de frutas y verduras, vino y oliva.*

*Los Estados miembros deberán reconocer a las organizaciones interprofesionales (OI) en todos los sectores cubiertos por la OCM, incluyendo aquellos en los que no está previsto en la actualidad, siempre que las OI:*

- *estén integradas por representantes de actividades económicas vinculadas a la producción, comercio y/o transformación de productos en uno o más sectores;*
- *sean creadas por iniciativa de todas o algunas de las organizaciones o asociaciones que la compongan;*
- *persigan un objetivo específico, como la mejora del conocimiento y la transparencia de la producción y el mercado; ayudando a coordinar mejor la forma en que los productos son puestos en el mercado; desarrollando métodos e instrumentos para mejorar la calidad de los productos en todas las etapas de producción y comercialización; desarrollando métodos e instrumentos para mejorar la calidad de los productos, accediendo a segmentos específicos de calidad dentro del mercado, etc.*

*El apoyo a la creación de grupos de productores (GP) se ofrecería como una medida específica transversal en virtud de la política de desarrollo rural para todos los sectores cubiertos por la OCM, en cada Estado miembro.*

*De esta manera, el apoyo específico existente en el sector de las frutas y hortalizas pasaría a ser innecesario.*

<sup>22</sup>Ibid, páginas 14 y 15: *Cooperación regulada: Este enfoque extiende las medidas propuestas en el marco de la cooperación mejorada, por ejemplo, incluyendo la obligación de utilizar contratos escritos, y el permiso a las OP para negociar colectivamente, como excepción a la prohibición de fijación de precios.*

*Estas medidas seguirían un enfoque sectorial y estarían basadas en evaluaciones de impacto ad-hoc. Se impondrían límites en términos de cobertura de mercado.*

implicaba la obligación de utilizar contratos escritos y la autorización de negociación colectiva y venta conjunta por parte de las Organizaciones de Productores. La referida venta conjunta constituía una excepción a la prohibición de fijación coordinada de precios por parte de competidores. Una primera evaluación de este enfoque de cooperación regulada identificó la necesidad de imponer condiciones que garantizaran la cooperación real entre productores más allá de la mera fijación de precios y la necesidad de establecer salvaguardias, sugiriendo evaluaciones de impacto y medidas *ad hoc* para cada sector.

Finalmente, la propuesta revisada de la PAC siguió el enfoque de la “cooperación mejorada”. Este enfoque requiere la adopción de contratos escritos para prácticamente la totalidad de los productos agrícolas y la autorización de negociaciones/venta conjuntas en los sectores de aceite de oliva, carne de vacuno y cultivos herbáceos, sin una evaluación adicional.

El legislador europeo adoptó todas las sugerencias de la Evaluación de la CE y finalmente la normativa aprobada<sup>23</sup> reguló los siguientes aspectos:

-Condicionó la autorización de venta conjunta de los productores a la creación de eficiencias significativas a través de actividades de cooperación más allá de la mera venta, señalando algunas actividades que producen o mejoran la eficiencia<sup>24</sup>;

-Adoptó una serie de salvaguardias basadas, entre otros factores, en el volumen de los productos cubiertos por la cooperación, permitiendo a las autoridades de competencia

---

*En el caso del azúcar, en vista del desequilibrio entre los productores de remolacha y de azúcar después de la eliminación de las cuotas y de los requisitos de precios y contratos obligatorios existentes, debiese introducirse la obligación escriturar los contratos de entrega de remolacha.*

*Disposiciones específicas serían aplicables a los sectores de la leche y productos lácteos, basándose en la propuesta de la Comisión tras las conclusiones del Grupo de Alto Nivel sobre la leche, referidas a las relaciones contractuales. Estas disposiciones permitirían a las OP o AOP constituidas por productores de leche para negociar términos contractuales, incluido el precio, con procesadores de lácteos. A fin de evitar impactos negativos sobre la competencia en el mercado de productos lácteos, se aplicarían límites cuantitativos apropiados en el ámbito de las OP y AOP en relación a volúmenes de producción. Además, estas disposiciones serían objeto de revisión a fin de evaluar su eficacia y continuidad.*

<sup>23</sup>Reglamento de la OCM (ver pie de página 19)

<sup>24</sup>*Ibid*

intervenir en ciertas situaciones. Las normas de la PAC revisadas entraron en vigor el 1 de enero de 2014.

**d) Tratamiento de las Prácticas Injustas de Comercio(PIC) a nivel nacional en los estados miembros de la unión Europea<sup>25</sup>**

Muchos Estados miembros han abordado las PCD a nivel nacional a través de diferentes enfoques, algunos normativos, y otros basados en plataformas de autorregulación entre los participantes en el mercado. De esta manera existe un alto grado de divergencia en lo que respecta al nivel, la naturaleza y la forma jurídica de la protección prevista contra las prácticas comerciales desleales en el ámbito nacional en la UE.

Algunas jurisdicciones han ampliado la protección garantizada en virtud del Derecho Civil. Para ello, han utilizado diferentes instrumentos nacionales. Otros países han adoptado legislación específica en la materia y han establecido o promovido códigos de conducta o están estudiando la posibilidad de hacerlo.

Asimismo, existen diferencias sustanciales en el planteamiento de los Estados miembros con respecto al ámbito de aplicación de los instrumentos normativos. Mientras en algunos países se ofrece protección contra las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro minorista o en un determinado sector minorista, en otros, las normas se aplican a todos los sectores. Por ejemplo, en Portugal, Eslovenia, España, Bélgica y el Reino Unido existen códigos de conducta dirigidos a la cadena de suministro de productos alimenticios y en los Países Bajos e Irlanda se prevé la adopción de tales códigos. República Checa, Hungría e Italia han aprobado leyes que regulan las prácticas comerciales desleales en el sector agroalimentario. En Francia, las disposiciones de Derecho Mercantil que regulan las prácticas comerciales desleales se aplican de manera general a todas las relaciones entre empresas.

---

<sup>25</sup>Libro verde sobre las prácticas comerciales desleales (ver pie de página 11)

## 1) Alemania

### Legislación que cubre las PIC

En el sistema jurídico alemán no existe legislación sectorial específica que aborde las PIC. Las leyes relevantes se aplican a todos los sectores de la economía y ninguna de ellas las define expresamente. Así, son tratadas en la legislación germana por el derecho de competencia, el derecho de la competencia desleal y el derecho contractual. En consecuencia, para la evaluación de dichas prácticas, las tres leyes que a menudo se superponen y se complementan entre sí son la Ley Contra la Competencia Desleal<sup>26</sup>, la Ley Sobre Restricciones a la Competencia<sup>27</sup> y el Código Civil<sup>28</sup>, el que desempeña un papel complementario.

### Derecho de Competencia y PIC

La Ley Sobre Restricciones a la Competencia no trata directamente la “injusticia” que pueden revestir ciertas prácticas comerciales. Dicha ley prohíbe los acuerdos contrarios a la competencia, el abuso de posición dominante y el abuso de dependencia económica. En este sentido, va más allá del alcance del artículo 102 TFUE<sup>29</sup>, regulando el abuso de dependencia económica que tenga un impacto significativo en el mercado.

---

<sup>26</sup>Ley contra la Competencia Desleal 2004 (UWG)] del 3 de julio de 2004

<sup>27</sup>Ley Sobre las Restricciones de la Competencia (GWB)] del 27 de julio 1957

<sup>28</sup>Código Civil (BGB) del 18 de agosto de 1896. El Código Civil se aplica a todos los contratos y regula, entre otros, el uso de cláusulas abusivas. El Código regula el uso de los términos estándares de comercio y contiene disposiciones sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y una lista de cláusulas prohibidas, que a pesar de que en teoría son solo aplicables a las relaciones B2C, la jurisprudencia alemana las ha hecho extensibles a contratos B2B (transferencia injusta de riesgo comercial y falta de claridad en la oferta contractual). Aparte de las disposiciones que regulan el uso de términos estándares de comercio, aquellas que tratan sobre obligaciones contractuales secundarias, derivadas de la noción de buena fe y la regulación de la culpa in contrahendo también son relevantes para ciertas categorías de PIC (uso injusto de información y terminación injusta de una relación comercial).

<sup>29</sup>Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)-Tercera Parte: Políticas y Acciones Internas de la Unión- Título VII: Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones -

La ley en comento<sup>30</sup> establece una prohibición de obstaculización injusta, aplicable tanto a empresas con una posición negociadora superior como a empresas dominantes. La ley

---

Capítulo 1: Normas sobre Competencia- Sección primera

Disposiciones aplicables a las empresas-

Artículo 102 (ex artículo 82 TCE): *"Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:*

- a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) 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."*

<sup>30</sup>Ley Sobre Restricciones a la Competencia (GWB): § 20 (1) and (2) ARC (Prohibition of Discrimination, Prohibition of Unfair Hindrance) (1) Dominant undertakings, associations of competing undertakings within the meaning of §§ 2, 3, and 28(1) and undertakings which set retail prices pursuant to § 28(2), or § 30(1) sentence 1, shall not directly or indirectly hinder in an unfair manner another undertaking in business activities which are usually open to similar undertakings, nor directly or indirectly treat it differently from similar undertakings without any objective justification. (2) Paragraph 1 shall also apply to undertakings and associations of undertakings insofar as small or medium-sized enterprises as suppliers or purchasers of certain kinds of goods or commercial services depend on them in such a way that sufficient and reasonable possibilities of resorting to other undertakings do not exist. A supplier of a certain kind of goods or commercial services shall be presumed to depend on a purchaser within the meaning of sentence 1 if this purchaser regularly obtains from this supplier, in addition to discounts customary in the trade or other remuneration, special benefits which are not granted to similar purchasers. (3) Dominant undertakings and associations of undertakings within the meaning of paragraph 1 shall not use their market position to invite or to cause other undertakings in business activities to grant them advantages without any objective justification. Sentence 1 shall also apply to undertakings and associations of undertakings in relation to the undertakings which depend on them. (4) Undertakings with superior market power in relation to small and medium sized competitors shall not use their market position directly or indirectly to hinder such competitors in an unfair manner. An unfair hindrance within the meaning of sentence 1 exists in particular if an undertaking 1. offers foodstuffs within the meaning of Section 2 (2) of the Law on Foodstuffs and Feedstuffs below its cost price or 2. offers other goods or commercial services not merely occasionally below its cost price or 3. demands from small or medium-sized undertakings competing with it in the downstream market in the sale of goods or provision of commercial services a higher price for its supplies than it otherwise offers in this market, unless this is objectively justified. The offer of foodstuffs below cost price is objectively justified if this is likely to prevent their deterioration or impending unsaleability by the retailer through their timely sale. This applies to other comparably serious cases. Unfair hindrance does not apply in cases where foodstuffs are supplied to non-profit institutions for use within the scope of their responsibilities. § 3 Unfair Trade Act (Prohibition of unfair competition) Unfair competitive practices that are capable of not insignificantly impairing competition to the disadvantage of competitors, consumers or other market participants, are impermissible. § 4 Unfair Trade Act (Examples of unfair competition) Unfairness within the meaning of Section 3 particularly involves any person who 1. carries out competitive practices that are capable of impairing the freedom of decision of consumers or other market participants through the exercise

estipula que una empresa tiene poder de negociación superior si pequeñas o medianas empresas proveedoras o compradoras de ciertos tipos de bienes o servicios comerciales dependen de esta firma de tal forma que no existen posibilidades suficientes y razonables de recurrir a otras empresas. Tal dependencia existe sólo si, además de la empresa que supuestamente tiene una posición de negociación superior en el mercado de referencia, no existen otras empresas que serían capaces y estarían dispuestas a suministrar a la respectiva empresa pequeña o mediana en condiciones razonables.<sup>31</sup>

La jurisprudencia alemana distingue varios casos en que se puede dar esta posición negociadora dominante: (i) dependencia de línea de productos; (ii) dependencia de una empresa específica; (iii) dependencia por escasez; y, (iv) dependencia relacionada con la demanda<sup>32</sup>. Sin embargo esta clasificación está más ligada a la evaluación de la existencia de una situación de dependencia económica, que al tipo de abuso que puede generarse a partir de dicha dependencia. De acuerdo a la ley, se presume que el proveedor de un cierto tipo de bienes o servicios depende de un comprador si dicho comprador obtiene regularmente de ese proveedor, además de descuentos habituales en el comercio u otra remuneración, beneficios especiales que no se conceden a compradores similares.

De acuerdo a la Sección 20 (1) y (2) de la Ley Sobre Restricciones de la Competencia, una empresa con poder de negociación superior no puede directa o indirectamente obstaculizar injustamente las actividades comerciales de una empresa ni discriminar, directa o indirectamente, a dicha empresa sin una justificación objetiva. La sección 20 (3)

---

*of pressure, in a ruthless way, or through other unreasonable, subjective influence;...4. does not clearly and unambiguously provide the conditions for taking advantage of sales promotions such as price reductions, premiums or gifts;*

<sup>31</sup>*Report on Abuse of Superior Bargaining Position, Prepared by Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position, ICN Special Program for Kyoto Annual Conference disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>*

<sup>32</sup>*Dependencia respecto a una gama o línea de productos o a una marca fuerte. En este caso un minorista depende del productor de una determinada marca o de una gama de productos, por ejemplo, productos técnicos específicos, tales como piezas de repuesto. En este caso el minorista no puede vender el producto principal sin a la vez vender los productos accesorios. La dependencia de una empresa específica puede darse cuando dos empresas tienen una relación de larga data y una de ellas hace la mayor parte de su negocio con ese socio de comercial. La dependencia por escasez es la relacionada con la escasez de un producto.*



prohíbe a las empresas y asociaciones de empresas dominantes utilizar su posición en el mercado para instigar a otras empresas a concederles ventajas sin una justificación objetiva. La ley hace expresamente aplicable esta prohibición a las empresas y asociaciones de empresas en relación con las compañías que dependen de ellos. Por otra parte la sección 20 (4) establece que las empresas con poder de negociación superior no deben obstaculizar a competidores pequeños o medianos, en particular ofreciendo bienes o servicios a un precio por debajo del costo, sin una justificación objetiva y mediante la implementación de estrangulamientos costo-precio.

#### Legislación sobre PIC relativa a relaciones verticales y/o a sectores específicos

La Ley Contra la Competencia Desleal es la principal ley que aborda las PIC. Esta ley tiene por objeto proteger a los competidores, consumidores y otros agentes del mercado contra prácticas comerciales desleales. Al mismo tiempo, protege los intereses del público en la preservación de la competencia no distorsionada. Es aplicable a todos los sectores en relaciones entre empresas – *Business to Business* o B2B- y entre empresas y consumidores –*Business to Consumers* o B2C-, a prácticas horizontales (entre competidores) y verticales (entre agentes de distintos eslabones de la cadena de producción y comercialización). La ley contiene una prohibición general de prácticas de comercio desleales que puedan tener un impacto sustancial sobre la competencia en detrimento de los competidores, consumidores u otros participantes en el mercado (por ejemplo, presiones que afecten la libertad de elección de consumidores o participantes del mercado o descuentos que apunten a obstaculizar a otros participantes en el mercado)<sup>33</sup>.

Sin embargo, esta ley no aborda expresamente el abuso de poder de negociación superior. Además, el *Bundeskartellamt* –Autoridad de Competencia Alemana- no es competente

---

<sup>33</sup>UWG (§ 3 (1) Aunque no es una definición de PIC análoga a la utilizada en el Libro Verde de la Comisión

para actuar sobre la base de la Ley Contra la Competencia Desleal, es decir, esta ley sólo sirve como base para acciones entre privados.

### Enforcement<sup>34</sup> de PIC

El cumplimiento de la Ley Contra Restricciones de la Competencia está a cargo de autoridades administrativas (la Oficina Federal de Carteles y sus homólogos en los respectivos territorios y el Ministerio Federal de Economía y Tecnología), de los tribunales civiles y penales (este último sólo en caso de actuaciones judiciales relativas a multas administrativas), así como a través de arbitraje. Las autoridades administrativas pueden iniciar una investigación de oficio.

La Ley contra la competencia desleal se puede hacer cumplir en los tribunales civiles, penales o por resolución de conflictos entre privados.

## **2) Austria**

### Legislación que cubre las PIC

En Austria las PIC están cubiertas por la Ley de Competencia, que va más allá del ámbito de aplicación de la normativa de competencia de la UE al abordar abusos de dependencia económica, la Ley contra la Competencia Desleal (UWG) y la Ley de Oferta Local ("Nahversorgungs-Gesetz"). Ésta última prohíbe una serie de prácticas, tales como la discriminación y pagos o servicios que se demandan sin una contraprestación equivalente.

### Derecho de Competencia y PIC

---

<sup>34</sup>Enforcement: Imponer la observancia u obediencia a la ley

La Ley de Competencia aborda algunas PIC a través de la prohibición del abuso de dependencia económica<sup>35</sup>. Al respecto, la legislación establece que la dominancia también se da en una situación donde una empresa –no dominante- tiene una posición superior en el mercado *vis-à-vis* sus proveedores o clientes, en particular cuando estos dependen de que se mantenga la relación comercial con dicha empresa para evitar pérdidas financieras severas. La Ley incorpora explícitamente el concepto de dependencia económica en su definición de posición dominante y la hace aplicable a ambos lados del mercado (compradores y vendedores). La Ley apunta especialmente a la protección de empresas cuando la mantención de sus relaciones comerciales en un sector determinado depende de una empresa dominante.<sup>36</sup> No regula explícitamente el abuso de la posición de negociación superior. Sin embargo, la formulación de la disposición pertinente -Artículo 4 (3)- permite también tratar el abuso de la posición de negociación superior en las relaciones entre empresas. De lo anterior se desprende que el abuso de una posición de negociación superior es parte de la definición de posición dominante en el artículo 4 de la Ley.

Por su parte La Ley Federal para la Mejora de los Suministros Locales y las Condiciones Competitivas está destinada a proteger proveedores y vendedores locales. Sin embargo, la aplicación de esta ley está limitada a conductas contrarias a la competencia y no regula PIC en sí.

### Legislación sobre PIC relativa a relaciones verticales y/o a sectores específicos

El sistema jurídico austriaco no contempla ninguna legislación sectorial específica del sector alimentario respecto a PIC en relaciones B2B. A pesar de ser sectorial, como se

---

<sup>35</sup>Artículo 4 (3)

<sup>36</sup>Caso 16Ok5/09 del 3 de junio de 2009, en el que el demandante – una productora de leche y otros productos lácteos – demandó a la cuarta lechería más grande de Austria por un abuso de posición dominante derivado de su dependencia económica.

señaló anteriormente, la Ley Federal para la Mejora de los Suministros Locales y las Condiciones Competitivas no aborda directamente PIC en la cadena de suministro, a menos que dichas conductas también puedan ser interpretadas como anticompetitivas.

La ley en comento tiene por objeto evitar que empresas poderosas aprovechen su posición en el mercado en contra de proveedores imponiendo condiciones comerciales o técnicas objetivamente injustificadas. Dado ello, esta legislación podría ser usada para tratar abusos de poder de negociación en la cadena de suministro que fuesen contrarias a la competencia.

A su turno, la Ley austriaca contra la competencia desleal regula conductas engañosas o agresivas entre empresas, tanto en relaciones horizontales como verticales, implementando en el ordenamiento jurídico austriaco directivas de la CE relativas a prácticas comerciales desleales y sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa<sup>37</sup>. A fin de evitar una división dentro de la ley, ésta es aplicable tanto a relaciones entre empresas y consumidores como a relaciones entre empresas.

Como resultado de la interacción de las legislaciones reseñadas *supra*, en Austria las siguientes PIC están cubiertas:

- El abuso de dependencia económica (Ley de competencia y la ley de competencia desleal); y,
- El uso desleal de información confidencial y negativa a contratar (ley de competencia desleal).

Además, otras PIC -sobre todo relacionadas con la transferencia injusta de riesgo comercial- podrían eventualmente ser capturadas por la regla sobre el abuso de dependencia económica contenida en la Ley de Competencia.

### Enforcement de PIC

---

<sup>37</sup>La ley implementa la Directiva 2005/29/CE relativa a prácticas comerciales desleales y la Directiva 2006/114 / CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa en el ordenamiento jurídico austriaco

La Autoridad de la Competencia está encargada de hacer cumplir la Ley de competencia y la Ley contra la Competencia Desleal. En la aplicación de esta última, sin embargo, no tiene la posibilidad de iniciar investigaciones de oficio, pero puede solicitar la emisión de una orden de cese de la práctica denunciada. Las infracciones a la Ley contra la Competencia Desleal son conocidas por los tribunales civiles y penales.

Por su parte, las infracciones a la Ley Federal para la Mejora de los Suministros Locales y las condiciones competitivas pueden ser investigadas por la Autoridad de Competencia Federal de Austria y sancionadas por los tribunales.

### 3) Francia

#### Legislación que cubre las PIC

El marco legislativo y reglamentario francés es muy denso. La pieza central sobre PIC se encuentra en el código de comercio en la parte titulada como “Derecho de Prácticas Restrictivas” –DPR<sup>38</sup>- modificado sustantivamente por la Ley de Modernización de la Economía (LME).<sup>39</sup>

El DPR está referido específicamente a prácticas abusivas en relaciones verticales, con el art. L. 442-6 del Código de Comercio francés como la provisión central, y comprende una lista de cláusulas y prácticas abusivas en el contexto de relaciones comerciales que pueden ser sancionadas. Así, se prohíbe la explotación abusiva, por parte de una empresa o un grupo de empresas, de la dependencia económica de un proveedor o cliente, si es probable que ésta pueda afectar el funcionamiento o la estructura de la competencia. Estos abusos pueden consistir en negativas de venta, ventas subordinadas a otras o en

---

<sup>38</sup>Artículo L. 442-1 y siguientes del código de comercio

<sup>39</sup>N° 2008-776, 04 de agosto 2008.

prácticas discriminatorias<sup>40</sup> o sobre gamas de productos<sup>41</sup>. A su vez el punto I del artículo L. 442-6 establece que “todo productor, comerciante, industrial o persona inscrita en el Registro de comercio que cometa las siguientes ofensas será responsable y deberá indemnizar los daños causados por el hecho de: 1º Obtener o intentar obtener de una contraparte cualquier ventaja que no corresponda a un servicio comercial efectivamente prestado o manifiestamente desproporcionada con relación al valor del servicio prestado(...)<sup>42</sup>; 2º Someter o intentar someter a una contraparte a obligaciones que generen un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes; 3º Obtener o intentar obtener una ventaja como condición previa para realizar un pedido<sup>43</sup>; 4º Obtener o intentar obtener condiciones manifiestamente abusivas respecto al precio, plazos de pago y/o condiciones de venta o servicios no relacionadas a obligaciones de compra o venta, bajo amenaza de terminar abruptamente - total o parcialmente- las relaciones comerciales; 5º Terminar de forma abrupta –aun cuando sea parcialmente- una relación comercial establecida, sin previo aviso escrito que tenga en cuenta la duración de la relación comercial y que sea consistente con el plazo mínimo para dicho aviso establecido por los usos y costumbres comerciales para acuerdos intersectoriales; 6º Participar directa o indirectamente en una infracción a una prohibición de reventa fuera de la red asignada al distribuidor vinculado por un acuerdo de distribución selectiva o exclusiva, excepto en virtud de normas aplicables del derecho de competencia; 7º Someter a un socio comercial a condiciones de pago que no cumplan el límite establecido

---

<sup>40</sup>Punto I del Artículo L. 442-6

<sup>41</sup>Artículo L. 420-2, inciso 2, Código de Comercio francés

<sup>42</sup>“...Dicha ventaja podrá consistir, entre otros, en la participación, no motivada por un interés común y sin contrapartida proporcional, en el financiamiento de actividades de promoción comercial, de adquisición o de inversión, en particular en el contexto de renovación de tiendas o acceso a puntos de venta, catálogos o centros de aprovisionamiento. Dicha ventaja podrá asimismo consistir en la consolidación artificial de cifras de facturación o en una exigencia de igualar las condiciones comerciales obtenidas por otros clientes.

<sup>43</sup>Sin comprometerse por escrito a un volumen de compras proporcional y/o sin entregar un servicio solicitado por el proveedor

por la ley<sup>44</sup>o que sean manifiestamente abusivas, teniendo en cuenta las buenas prácticas y los usos comerciales, y que se aparten, en detrimento del acreedor, injustificadamente, del plazo indicado en la ley<sup>45</sup>. Será considerado especialmente abusivo por parte del deudor, el hecho de solicitar al acreedor, injustificadamente, que posponga la fecha de emisión de la factura; 8º Rechazar o devolver mercancías o deducir unilateralmente del importe de la factura entregada por el proveedor penalizaciones o descuentos correspondientes al incumplimiento de una fecha de entrega o a la no conformidad de las mercancías, cuando la deuda no sea cierta, líquida y exigible, o el proveedor no haya tenido la oportunidad de verificar la validez de la causal invocada; 9º No comunicar las condiciones generales de venta a un comprador de productos o de servicios que lo hubiera solicitado para el ejercicio de una actividad profesional; 10º Negarse a mencionar en el etiquetado de un producto vendido bajo marca de distribuidor el nombre y la dirección del fabricante cuando este lo hubiera solicitado.

En general, la legislación francesa abarca varios de las PIC identificadas en el Libro Verde de la Comisión.

### Derecho de la Competencia y PIC

Las PIC en relaciones B2B están también en el ámbito del derecho de la competencia, en particular, del artículo L. 420-2 del Código de Comercio, que gobierna el abuso de posición dominante y el abuso de dependencia económica. La ley de competencia sólo se aplica cuando la práctica tiene un impacto en el mercado.

La regulación de PIC en relaciones B2B trasciende las áreas tradicionales del derecho francés. Por lo general la normativa relevante es estudiada como parte del derecho de la competencia, aunque se hace una distinción entre el derecho de competencia *stricto sensu* (“*le grand droit de la concurrence*”), aplicable a prácticas que tienen impacto en el

---

<sup>44</sup>Establecido en el párrafo noveno del Artículo L. 441-6

<sup>45</sup>Establecido en el párrafo octavo del Artículo L. 441-6

mercado, y "droit des pratiques restrictives" ("le petit droit de la concurrence"), aplicable a PIC independiente de su impacto en el mercado.

### Legislación sobre PIC relativa a relaciones verticales y/o a sectores específicos

Tanto en la legislación sobre el abuso de dependencia económica como en aquella sobre contratos de venta/suministro entre proveedores y minoristas o entre productores y minoristas, los requisitos formales para la firma del contrato son aplicables a relaciones verticales.

Independiente de la sanción que puede existir en caso de abuso de posición dominante en los mercados respectivos, la legislación francesa ha adoptado la idea de que las relaciones verticales (por ej. productor-procesador) deben estar sujetas a una supervisión específica en el caso de abuso de dependencia.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup>La ley sobre Nueva Regulación Económica de 2001 sancionaba dos prácticas restrictivas principales –abuso de dependencia económica y abuso de poder de compra o venta- antes de ser modificada en el año 2008 por la Ley de Modernización de la Economía. Esta última hace ilícita la sujeción o intentar la sujeción de un socio comercial a obligaciones que creen un desequilibrio significativo. El artículo L 442-3 III del Código de Comercio establece una acción por daños sufridos como resultado de una práctica restrictiva no solo a favor de la víctima sino de cualquier persona con un interés legítimo, el Ministerio Público, el Ministerio de Economía o el Presidente de la Autoridad de Competencia. En Francia, tres cuartos de la distribución de alimentos franceses está concentrado en los cinco principales grupos de negocios. Como socio indispensable y oligarquía poderosa, el retail establece las reglas a sus proveedores, en particular, agricultores, quienes han repetidamente demandado el reequilibrio de las relaciones de poder. Por 20 años, las regulaciones han ido progresivamente volviéndose más severas, en la medida en que la legislación ha buscado contrarrestar el creciente poder de los retailers y, de esta manera prevenir que las relaciones de dependencia causen demasiados abusos. Al respecto, la Autoridad de Competencia francesa ha hecho recomendaciones “Opinión 10-A-28 del 13 de diciembre de 2010 – Decretos legales” imponiendo la contractualización en los sectores agrícolas. En este contexto la Ley de Modernización Agrícola del 27 de Julio de 2010 estableció un mecanismo para preparar contratos -Artículo L. 631-24 del Código Rural- que implica otorgar seguridad a los agricultores en sus relaciones con los compradores mayoristas y en particular vis-à-vis los retailers. Los redactores de la ley partieron de la premisa que los agricultores estaban aislados en sus negociaciones con los grupos de retailers y otros grupos de adquisición. Al ser incapaces de ejercer influencia alguna sobre los precios, los agricultores son dependientes de las decisiones y estrategias de los compradores. Además, en los hechos, una porción significativa del comercio ocurre al margen de términos contractuales, lo que coloca al productor en una situación de incertidumbre legal ante compradores al por mayor. Sin una garantía escrita, los primeros quedan a merced de las decisiones de los compradores, quienes pueden, de un momento a otro desafiar los términos del contrato. Estos dos factores llevaron a la idea de establecer la redacción y firma de contratos colectivos de venta entre productores y compradores, los cuales incluyen cláusulas



El Código de Comercio también contiene una lista de prácticas abusivas en el contexto de relaciones comerciales que son específicas al sector Agrícola y la cadena alimentaria. Por ejemplo, el Código establece restricciones para evitar precios abusivamente bajos en el contexto de una crisis económica o de fluctuaciones drásticas de precios de intercambio. La Ley 2010-874 de Modernización Agrícola del 27 de Julio de 2010 tuvo por objeto definir e implementar una política pública alimentaria y reforzar la naturaleza competitiva del sector agrícola francés. Esta Ley introdujo nuevas disposiciones en el Código de Comercio destinadas a proteger la agricultura.<sup>47</sup>

La referida ley habilita decretar la obligatoriedad de contratos escritos entre productores u organizaciones de productores y sus compradores (incluidos los *retailers*) relativos a la compra de productos agrícolas dentro de Francia.

Los descuentos y rebajas en la compra de fruta fresca y vegetales impuestos por el comprador, *retailer* o proveedor de servicios están prohibidos. Lo anterior en atención a que la naturaleza eminentemente perecedera de los productos frescos tiende a crear un desequilibrio en las negociaciones entre los proveedores, que están obligados a vender su producción en un corto espacio de tiempo, y los compradores, quienes pueden tomar ventaja de esta situación.<sup>48</sup>

La circulación de frutas y hortalizas destinadas a un comprador dentro del territorio francés está condicionada a la posesión de una orden de compra emitida por el comprador o un contrato celebrado con un corredor o agente. La ley especifica que ambos documentos deben contener, en particular, el método a través del cual se acordó el precio. Este requerimiento tiene como objeto regular la práctica de retraso en la facturación por el que el comerciante no paga al proveedor hasta que haya revendido los productos

---

*obligatorias)*( *Economic Dependence- Legal Dictionary of Food Security in theWorld, Francois Collart Dutilleul, Jean Philippe Bugnicourt*)

<sup>47</sup>También existen Decretos como el 2010/1753, sobre el sector de lácteo.

<sup>48</sup>En el contexto del proyecto de ley de consumo que actualmente se debate en el Parlamento, esta prohibición se ha hecho más flexible. De hecho, las reducciones son posibles en algunos casos específicos, como por ejemplo cuando hay problemas de calidad de los productos.

suministrados y sobre la base del precio de reventa obtenido. Del mismo modo, el hecho de tener un contrato permite transparentar la práctica de vender a comisión, por medio de la cual el proveedor asigna sus productos a un corredor o agente responsable de encontrar un comprador al mejor precio, a cambio de una comisión que suele ser proporcional al precio de venta.

La publicidad a distancia o alejada del lugar de venta está también regulada. El acuerdo previo del proveedor sobre el precio al que sus productos serán vendidos debe figurar en el contrato con el vendedor. El Código de Comercio permite además restringir las fechas de vencimiento para el pago a los productores de alimentos, con el objeto de preservar su flujo de caja.

### Enforcement de PIC

Dos autoridades independientes monitorean las PIC: la Autoridad de la Competencia, cuando las PIC tienen un impacto en el mercado (derecho de la competencia); y la Comisión de Examen de las Prácticas Comerciales para PIC, reguladas por el Derecho de Prácticas Restrictivas del Código de Comercio. Pero mientras el primer organismo tiene potestad sancionadora, la Comisión solo tiene funciones de asesoría y consultivas.

Otro actor muy importante es la Dirección General de la Competencia, del Consumo y de la Represión de Fraudes (DGCCRF), que tiene poderes para investigar PIC e incluso sancionarlas. Las penas por infracciones son sanciones pecuniarias -multas administrativas o penales-, y acciones de cesación, cuyo objetivo es el cese de la práctica en cuestión y de sus efectos perjudiciales.

Cabe señalar que la regulación privada de las PIC se ha desarrollado con el fin de complementar la legislación en ciertas áreas, principalmente el plazo de preaviso en caso de terminación de la relación de negocios y los términos y condiciones de pago. La regulación privada también ha reforzado y precisado el marco legal de las PIC en particular promoviendo, en conjunto con el Gobierno la "Carta de las relaciones inter-empresas" y de la etiqueta de "*Relations Fournisseurs Responsables*". Varias compañías de distribución

francesas también están involucradas en la discusión sobre "Principios europeos sobre relaciones verticales en la cadena alimentaria".

#### **4) Italia**

##### Legislación que cubre las PIC

En general, Italia cuenta con una extensa cobertura de las PIC, otorgada por la legislación sobre el abuso de dependencia económica, sobre competencia desleal, sobre comercio y prácticas comerciales injustas y por diversas instancias de regulación privada. La cobertura es más amplia en el sector alimentario después de la aprobación de la Ley de transacciones comerciales en el ámbito de la cesión de los productos agrícolas o agroalimentarios.

##### Derecho de Competencia y PIC

El derecho de la competencia italiano otorga la misma cobertura que la legislación de la UE, por lo que no es relevante para las PIC.

##### Legislación sobre PIC relativa a relaciones verticales y/o a sectores específicos

La legislación relativa a prácticas comerciales B2B ha sido tradicionalmente tratada por disposiciones generales no sectoriales, en su mayoría pertenecientes al derecho contractual general (en especial los art. 1341 a 1342 del Código Civil italiano, que representan la primera legislación europea en abordar la cuestión de condiciones injustas en contratos tipo), a la legislación de competencia y a la ley de competencia desleal, cubriendo prácticas comerciales desleales B2B que afectan al interés público.

Sin perjuicio de la relevancia de la legislación antes mencionada, en la actualidad la tendencia ha sido la adopción de disposiciones más específicas para tratar las PIC en las relaciones asimétricas B2B.

Desde el año 2012 (artículo 62 del Decreto Legislativo “*Cresci Italia*” N° 1 de 24 de enero de 2012, Ley N° 27 del 24 de marzo de 2012) se le han entregado a la Autoridad de Competencia Italiana (ICA) facultades para vigilar e imponer sanciones respecto de relaciones comerciales relacionadas con la venta de alimentos y productos agrícolas, con especial referencia a la forma y contenido de los contratos entre los operadores de la industria alimentaria que no involucran a los consumidores finales. La nueva normativa identifica una serie de conductas prohibidas en las relaciones comerciales entre operadores, como la imposición de condiciones contractuales injustas, retroactivas y discriminatorias, así como normas especiales sobre honorarios y condiciones de pago (estos deben constar por escrito y estar definidos con antelación). La normativa italiana pone el acento en competencia justa (*fair competition*) en el sector agrícola y alimentario. En principio, según esta normativa, el comportamiento desleal del minorista no tiene que ser necesariamente anticompetitivo en términos de afectar el funcionamiento del mercado, pues el minorista no tendría que ostentar una posición dominante, sino solo imponer prácticas comerciales desleales (injustas) que sean contrarias al interés público (abuso de una dependencia económica relativa).

La Ley 18.6.1998, N°192, concerniente a relaciones de subcontratación en actividades productivas contiene normas sobre el abuso de la dependencia económica que se aplica directamente a un número de PIC contenidas en el Libro Verde de la Comisión Europea. La legislación de protección al consumidor, sobre prácticas comerciales desleales, se ha hecho extensible a relaciones B2B (microempresas). Asimismo, la normativa sobre morosidad en los pagos se aplica a las relaciones verticales.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup>Art. 7, Decreto Legislativo 09/10/2002, n. 231, que implementa la Directiva sobre morosidad 2000/35, modificado por el Decreto Legislativo 09/11/2012, n. 192, que implementa la segunda Directiva sobre morosidad 2011/7

### Enforcement de PIC

La ICA investiga y sanciona infracciones que van mucho más allá de los límites de la ley de competencia de la UE, incluyendo tanto las contenidas la Ley N° 27 del 24 de marzo de 2012 como en las disposiciones relativas a abuso de dependencia económica, aunque la aplicación de éstas últimas ha sido altamente ineficaz en la práctica.

La justicia ordinaria conoce las infracciones al resto de la legislación antes mencionada.

## **5) República Checa**

### Legislación que cubre las PIC

La legislación de la República Checa sobre PIC se encuentra en la esfera de la competencia desleal y de la responsabilidad civil. Las leyes relevantes al respecto son el Código de Comercio, el Código Civil, la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Poder Significativo de Mercado en la Venta de Productos Agrícolas y Alimentarios y el abuso del mismo. Esta última es más estricta que la legislación de competencia de la UE, ya que prohíbe el abuso de dependencia económica en la cadena de suministro agroalimentaria.

### Derecho de Competencia y PIC

La Ley de Defensa de la Competencia no trata directamente el carácter injusto de las prácticas comerciales. La ley prohíbe el abuso de posición dominante cuando perjudica a otros competidores o consumidores, reflejando la normativa de competencia de la UE y es, por tanto, de uso limitado para abordar PIC de actores no dominantes del mercado.

### Legislación sobre PIC relativa a relaciones verticales y/o a sectores específicos

En 2010 la República Checa aprobó una ley especial sobre Poder Significativo de Mercado (PSM) en la venta de productos agrícolas y el abuso del mismo.

Esta ley introdujo normas nacionales más estrictas aplicables a conductas unilaterales en el sector de la alimentación, que van más allá del criterio de dominancia clásica previsto en el artículo 102 del TFUE. Desde el 2010, la autoridad de competencia checa ha aplicado dicha legislación y se ha dedicado a monitorear el mercado de productos agrícolas y el sector de alimentos, realizando investigaciones sectoriales periódicas y recopilando información pertinente sobre las relaciones proveedor-minorista y el proceso de negociación de las condiciones de entrega dentro de la cadena agrícola y de suministro de alimentos.

La ley define el concepto de PSM y el abuso de dicho poder con el objeto de proteger la competencia y de crear herramientas para la evaluación y prevención de este tipo de comportamiento. La Ley es aplicable en casos relativos a la venta de productos agrícolas, cuando una empresa compradora abusa de su PSM en contra de otras empresas que son sus proveedores. La ley considera que el PSM<sup>50</sup> existe en una relación entre un comprador y un proveedor en la que, como resultado de la situación del mercado, el proveedor pasa a depender del comprador respecto a la posibilidad de proveer sus bienes a los consumidores finales y en la que el comprador puede imponer unilateralmente a dicho proveedor condiciones comerciales preferenciales<sup>51</sup>. Existe una presunción refutable de PSM relacionada al volumen de negocios neto del comprador.<sup>52</sup>

La ley checa prohíbe abusar del PSM en detrimento de los proveedores<sup>53</sup>; el abuso se entiende como una conducta sistemática que tiene por objeto o efecto la distorsión significativa de la competencia en el mercado relevante. La ley lista una serie de conductas

---

<sup>50</sup>Artículo 3(2) Ley No. 395/2009 El PSM debe ser evaluado particularmente en relación a la estructura de mercado, barreras de entrada, participaciones de mercado del comprador y del vendedor, su poder financiero, tamaño de la red de negocios de los consumidores, y tamaño y ubicación de sus locales respectivos

<sup>51</sup>Artículo 3(1) Ley No. 395/2009 Ley sobre Poder Significativo de Mercado en la venta de productos agrícolas y productos alimenticios y el abuso del mismo.

<sup>52</sup>Artículo 3(3) Ley No. 395/2009 Se presume que el comprador ostenta PSM si el volumen de negocios neto de dicho comprador excede CZK 5 mil millones (200 millones de euros) en el último ejercicio contable dentro del territorio de la República Checa

<sup>53</sup>Artículo 4 Ley No. 395/2009

que constituyen un abuso de PSM: infracción de las reglas aplicables a facturación; infracción de las condiciones generales de comercio que derivan de la obligación del comprador de ofrecer al proveedor condiciones generales de comercio si este se lo solicita (condiciones de compra, precio, descuentos y pago); infracción de las obligaciones establecidas en un acuerdo entre un comprador y un proveedor; no observancia de las condiciones de venta; ejercer prácticas prohibidas en relaciones entre comprador-proveedor (abusos de PSM por los que todo comprador es responsable y debe indemnizar los daños causados al proveedor); y, otras prácticas infraccionales.

Las multas por incumplimiento de la Ley pueden imponerse en cantidad de hasta 10 m. CZK<sup>54</sup> o hasta el 10% de la facturación neta.

La aplicación de la Ley ha sido compleja desde el principio debido a varios términos y definiciones ambiguos (incluyendo el término PSM) que fueron ampliamente criticadas. En 2011, el Gobierno checo decidió que la ley debía ser derogada y algunas de sus partes transferidas a la Ley de Competencia y a la Ley de Precio. Esto aún no se ha concretado.

Por otra parte, el Código de Comercio comprende dos conjuntos principales de normas relativas a PIC: (i) la regulación de la competencia desleal, que incluye una disposición general que prohíbe la competencia desleal y una lista de actividades consideradas como tal; y, (ii) una disposición general sobre trato justo o prácticas comerciales justas. Esta última norma se utiliza en especial para abordar determinadas condiciones contractuales, pero su amplia formulación permite aplicarla a situaciones extracontractuales. Además el Código de Comercio incluye un número de disposiciones relativas a obligaciones contractuales que puedan tener un impacto en PIC específicos.

El Código Civil contiene herramientas limitadas para proteger a los agentes del mercado en contra de PIC, como la prohibición de hacer tratos contrarios a las buenas costumbres.

En general, en la República Checa las siguientes PIC están cubiertas por la legislación: el abuso de dependencia económica (sólo en el sector alimentario), los pactos de exclusión

---

<sup>54</sup>Alrededor de US\$415.000

de responsabilidad, el uso abusivo de información confidencial y la terminación injusta de negociaciones. A través de la disposición sobre abuso de dependencia económica, que sólo se aplica en el sector alimentario, en el caso de proveedores que dependen de compradores, es posible inferir que también la transferencia injusta de riesgo comercial está potencialmente cubierta, pero siempre limitada a dicho sector alimentario.

### Enforcement de PIC

El cumplimiento de la ley especial sobre PSM en la venta de productos agrícolas y el abuso del mismo está a cargo de la Oficina para la Protección de la Competencia. Sin embargo, las partes pueden resolver sus controversias a través de mediación.

En el control de la aplicación y el cumplimiento de la ley PSM, la Oficina para la Protección de la Competencia puede actuar de oficio. Si la Oficina considera que el poder de mercado significativo ha sido abusado, lo hará constar en su decisión, prohibiendo tal comportamiento en el futuro. En caso de infracción de la ley sobre PSM, la Oficina también puede imponer multas. Las partes pueden apelar de las decisiones de la Oficina ante el tribunal administrativo.

## **6) España**

### Legislación que cubre las PIC

La legislación española otorga una extensa cobertura a varios tipos de PIC, sobre todo a través de la ley de competencia desleal, y -especialmente en el sector alimentario- a través de una mezcla de regulación sectorial pública y privada.

### Derecho de Competencia y PIC



Las normas sobre abuso de dependencia económica no están bajo esfera de la ley de competencia, sino que se encuentran en la legislación de competencia desleal.

Legislación sobre PIC relativa a relaciones verticales y/o a sectores específicos

La principal normativa que trata las PIC en relaciones verticales es la Ley de Competencia Desleal. En particular, los artículos 16.2 y 16.3 de esta ley prohíben el abuso de dependencia económica. El primero de ellos señala que “Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”. Por su parte, el artículo 16.3 incluye algunos ejemplos de abusos y considera como desleal, entre otras conductas:

- a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor; y,
- b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.

Por su parte, la Ley 12/2013 sobre medidas para mejorar la cadena alimentaria cubre prácticas como cambios unilaterales y pagos comerciales no previstos (art. 12), el suministro de información comercial sensible (art. 13), y la gestión de marcas (art. 14).

El preámbulo de esta última ley señala que un análisis de la situación actual de la cadena de valor evidencia la existencia de claras asimetrías en el poder de negociación que pueden derivar, y en ocasiones derivan, en una falta de transparencia en la formación de

precios y en prácticas comerciales potencialmente desleales y con prácticas contrarias a la competencia que distorsionan el mercado y tienen un efecto negativo sobre la competitividad de todo el sector agroalimentario.

El ámbito de aplicación de la Ley (T.I) se extiende a las relaciones comerciales entre todos los operadores que intervienen en la cadena alimentaria desde la producción a la distribución de alimentos o productos alimenticios. La ley se circunscribe a las relaciones comerciales de los operadores que realicen transacciones comerciales, continuadas o periódicas, cuyo precio sea superior a 2.500 euros, siempre que éstos se encuentren en algunas de las siguientes situaciones de desequilibrio (T.I- C.II):

- a) Que uno de los operadores tenga la condición de PYME y el otro no.
- b) Que, en los casos de comercialización de productos agrarios no transformados, perecederos e insumos alimentarios, uno de los operadores tenga la condición de productor primario agrario, ganadero, pesquero o forestal o una agrupación de los mismos y el otro no la tenga.
- c) Que uno de los operadores tenga una situación de dependencia económica respecto del otro operador, entendiéndose por tal dependencia, que la facturación del producto de aquél respecto de éste sea al menos un 30% de la facturación del producto del primero en el año precedente.

La ley regula los contratos alimentarios que se suscriban entre los operadores de la cadena alimentaria (T.II- C.I). Se establece la obligación de formalizarlos por escrito, afectando al contrato de suministro, el de compraventa y el de integración. Asimismo, se establece la obligación de incorporar expresamente en estos contratos escritos los elementos esenciales de los mismos (identificación de las partes, objeto, precio, condiciones del pago, entrega de productos, derechos y obligaciones, duración y causas y efectos de la extinción) pactados libremente por las partes. Se regulan asimismo las subastas electrónicas y la obligación de conservación de documentos por los operadores durante un período de dos años para efectos de los controles que resulten pertinentes. Con la regulación de los contratos alimentarios también se pretende conseguir una mayor

transparencia (afloramiento de economía sumergida) en las relaciones comerciales del ámbito de la cadena alimentaria.

Se regulan, asimismo, las prácticas comerciales abusivas (T.II-C.II). Se prohíben las modificaciones de las condiciones contractuales establecidas en el contrato, salvo que se realicen por mutuo acuerdo de las partes. Los contratos alimentarios deberán contener las correspondientes cláusulas en las que se prevea el procedimiento para su posible modificación y, en su caso, para la determinación de su eficacia retroactiva.

Se prohíben todos los pagos adicionales más allá del precio pactado, salvo en dos supuestos específicos y bajo condiciones restrictivas.

En relación con la información comercial sensible, la normativa en comento prescribe que no se podrá exigir a otro operador información sobre sus productos más allá de la que resulte justificada en el contexto de su relación comercial. Además la información obtenida sólo podrá destinarse a los fines para los que fue entregada, respetándose la confidencialidad de la misma.

La ley regula también las buenas prácticas en la contratación alimentaria (T.III). El Capítulo I se centra en la regulación del Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la contratación alimentaria que impulsaría el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, junto con el Ministerio de Economía y Competitividad, las Comunidades Autónomas y las organizaciones y asociaciones representativas de la producción, la transformación, la industria o distribución. La adhesión a este código será voluntaria para los operadores de la cadena.

Se prevé crear un Registro Estatal, como instrumento público que agruparía a todos aquellos operadores de la cadena alimentaria que se adscriban al citado Código.

También se prevé que la inscripción de los operadores en el Registro se tenga en cuenta en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones que, en relación con la alimentación y la cadena alimentaria, se promuevan por parte del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Además se contempla la posibilidad de que existan otros códigos de buenas prácticas comerciales impulsados por los propios operadores de la cadena, que también podrían inscribirse, así como sus operadores, en el Registro (T.III-C.II).

La Ley crea el Observatorio de la Cadena Alimentaria, como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (T.IV). En general, serán funciones del Observatorio el seguimiento, asesoramiento, consulta, información y estudio del funcionamiento de la cadena alimentaria y de los precios de los alimentos. Asimismo, informará la propuesta de Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria regulado en la Ley, facilitará su conocimiento entre los operadores de la cadena, promoverá su adhesión y conocerá de los resultados de la aplicación del mismo para, en su caso, proponer las medidas de mejora o actualización que sean necesarias. Finalmente, también podrá dar traslado a la autoridad competente de aquellos incumplimientos de la ley que haya detectado en el ejercicio de sus funciones. Se regula la potestad sancionadora que se aplicará por el incumplimiento de la ley, tipificando las infracciones y sanciones y delimitando las autoridades competentes que en cada caso corresponda ejercer dicha potestad (T.V).

En relación con la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de formalizar por escrito los contratos y de no inclusión de los extremos que como mínimo deben contener, se ha incluido la presunción, que admite prueba en contrario, de la autoría de los operadores que se encuentran en posición de mayor fuerza económica en la relación contractual por las infracciones de dicho incumplimiento.

Se incluyen medidas para mejorar la vertebración de la cadena alimentaria mediante el fomento de la integración y otros expedientes que ayuden a mejorar la competitividad de sus operadores (T.VI).

Asimismo, se incluyen cuatro disposiciones adicionales. La Disposición final segunda (que es la que consideramos relevante para el estudio de ODEPA), modifica la Ley 2/2000, de 7 de enero, reguladora de los contratos-tipo de productos agroalimentarios. Esta modificación responde a la necesidad de mejorar estos instrumentos esenciales en la

construcción de un sector agroalimentario competitivo, eficaz y transparente. Por este motivo, considera necesario actualizar el régimen de contratos-tipo en el ámbito agroalimentario, para dotar de una mayor estabilidad a los mercados, adaptando las producciones en cantidad y calidad a las demandas de los mercados exterior e interior y mejorando la transparencia y la competencia del mercado. Las principales modificaciones al texto de esta ley se refieren a la posibilidad de tener en cuenta, en su caso, a la hora de fijar el precio, indicadores de precios o costos, siendo, en cualquier caso, el precio a percibir así como los indicadores que se apliquen, libremente fijados entre las partes. Estos indicadores deberán ser objetivos, transparentes y verificables, y no manipulables y se fijarán teniendo en cuenta la normativa sobre competencia. Asimismo, se procede a actualizar las infracciones y sanciones aplicables por incumplimiento de lo dispuesto en la ley.

A su turno, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista <sup>55</sup> incluye regulación de PIC. Sin perjuicio de que la mayor parte de las disposiciones de esta ley están relacionadas con el comercio B2C, algunas de ellas tienen relevancia en un contexto de relaciones B2B. La ley incluye disposiciones sobre ventas a pérdida (art. 14), pago a proveedores (art. 17), ventas multinivel (art. 22), ventas en pirámide (art. 23), veracidad de la oferta (art. 35), y regulación del régimen de franquicia (art. 62) que tienen relevancia en el contexto B2B. En algunos casos las disposiciones de la ley extienden a las relaciones B2B la aplicación de algunas de las prohibiciones incluidas en la lista negra de la Directiva UE 29/2005 y transpuestas a los artículos 19 a 32 de la Ley de Competencia Desleal (ej. Pago a proveedores). La Ley tiene como objetivos proteger a las microempresas y Pymes de los grandes distribuidores, proteger a las partes más débiles en las relaciones contractuales, limitar el ejercicio del poder de compra y proteger a los proveedores en su relación con grandes distribuidores.

---

<sup>55</sup>Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

### Enforcement de las PIC

La Ley de Competencia encarga a la Comisión Nacional de la Competencia -a nivel nacional- y a las autoridades de competencia regionales ejercer sus facultades para perseguir conductas de competencia desleal específicas, pero sólo cuando éstas pueden interpretarse como acuerdos restrictivos, prácticas concertadas o abusos de posición dominante.

La Administración General del Estado está encargada de hacer cumplir la Ley 12/2013 sobre medidas para mejorar la cadena alimentaria. Puede actuar de oficio y decretar la confidencialidad de las denuncias.

## **B. ESTADOS UNIDOS**

### Marketing orders y Marketing agreements

Las órdenes y acuerdos de comercialización son instrumentos normativos decretados por el Secretario del Departamento de Agricultura (USDA), diseñados para estabilizar las condiciones de mercado de determinados productos agrícolas mediante la regulación de la comercialización de dichos productos en el comercio interestatal o internacional. De acuerdo a las regulaciones aplicables, la orden de comercialización de cualquier producto, distinto de la leche, debe estar destinada a cumplir al menos uno de los siguientes objetivos:

- Limitar y/o asignar la cantidad de un producto, o el grado, tamaño, calidad del producto que se comercializa;
- Asignar o proporcionar métodos para asignar la cantidad de un producto que cada manipulador puede adquirir en nombre de un productor durante un período determinado;
- Disponer el control y los excedentes de un producto y establecer reservas;
- Requerir la inspección del producto objeto de la orden de comercialización;

-Disponer un método para fijar el tamaño, capacidad, peso, dimensiones o envoltura del envase o envases, que pueden ser utilizados en el embalaje, transporte, venta, envío, o manipulación de frutas frescas o secas, verduras, o frutos secos; y,

-Establecer proyectos de investigación y desarrollo para ayudar, mejorar o promover la comercialización, distribución y consumo o la producción eficiente de productos cubiertos por una orden de comercialización específica.<sup>56</sup>

Las ordenes de comercialización y los acuerdos de comercialización son administrados por el Servicio de Comercialización Agrícola (AMS), parte del USDA, y están autorizados por el Acuerdo de Comercialización Agrícola de 1937 (AMAA)<sup>57</sup>.

El AMAA, la nueva legislación de la era del *New Deal*, fue implementada en respuesta a las dificultades económicas que enfrentaban los pequeños agricultores en los años 20y 30 del siglo pasado. En efecto, las condiciones económicas durante la Gran Depresión de la década de 1930 de la misma centuria exacerbaron los problemas ya existentes en los mercados agrícolas. En respuesta a esta crisis el Congreso promulgó la Ley de Ajuste Agrícola de 1933 para elevar los precios de los productos mediante la imposición de ciertas restricciones en la cantidad de productos agrícolas que se podían producir. A fin de hacerse cargo de los problemas de constitucionalidad de estas medidas, el Congreso promulgó la AMAA en 1937. Esta ley permitía la creación de mandatos de la industria (órdenes de comercialización) que proveían estabilidad de precios y servían funciones esenciales de comercialización -como normas de calidad, envasados y publicidad- en beneficio de los agricultores.

Desde la creación del AMAA hace casi 80 años la agricultura ha experimentado muchos cambios económicos, siendo los más significativos la decadencia de la pequeña agricultura

---

<sup>56</sup>Ver 7 U.S.C. § 608C (6).

<sup>57</sup>Modificado, 7 U.S.C. §§ 601–27; 671–74. Las normativas que establecen y regulan las ordenes de comercialización y los acuerdos de comercialización se encuentran en 7 C.F.R. §§900–999 (frutas, vegetales y frutos secos), 1000–1199 (leche) y 1200–1599 (productos misceláneos).

familiar y un cambio hacia operaciones de agricultura corporativa/empresarial de gran escala.

A pesar de estas transformaciones, la estructura básica del AMAA y de las órdenes de comercialización se han mantenido prácticamente inalteradas.

En la actualidad existen órdenes de comercialización de leche y otras referidas a aproximadamente treinta y cinco tipos de frutas, verduras, frutos secos y cultivos, aunque esta cifra ha fluctuado a lo largo de las últimas décadas y está sujeta a cambios. El AMAA también proporciona un programa adicional para el maní.

El AMAA autoriza al Secretario de Agricultura de los Estados Unidos para crear un comité de administración o consejo para cada orden de comercialización a fin de ayudar a administrar dicha orden. Las órdenes de comercialización se aplican a los manipuladores- "procesadores, asociaciones de productores, y otros involucrados en el manejo" de las mercancías sujetas a una determinada orden. Todas estas órdenes se emiten como un reglamento promulgado por la AMS.

Las órdenes de comercialización se diferencian de los acuerdos de comercialización en que las primeras son vinculantes para todas las personas y empresas que están clasificadas como "manipuladores" en un área geográfica cubierta por la orden, mientras los acuerdos de comercialización son vinculantes sólo para los manipuladores que son signatarios voluntarios del mismo. Así, los acuerdos de comercialización son voluntarios y sólo los manipuladores que han firmado el acuerdo están obligados por sus reglamentos.

Las funciones de las órdenes de comercialización se pueden dividir en tres áreas principales: control de la cantidad, control de calidad y ayuda al mercado. La función de control de cantidad es la que tiene el impacto más directo en el aumento de precios de los cultivos a los niveles de precios de paridad. Se implementa a través de restricciones de suministro para aumentar la demanda y elevar los precios de los cultivos. Estos controles no se implementan para extraer excedente de los consumidores aumentando los precios de forma arbitraria sino para corregir la sobreproducción, un problema que es único de la



agricultura. Sin estos controles, por ejemplo, un cultivo inesperadamente grande podría inundar el mercado con cantidades excesivas causando una caída en los precios.<sup>58</sup>

Con los controles antes referidos, los excedentes se dejan sin cosechar o sin vender, poniéndose en reservas y colocados en el mercado en un flujo controlado, o exportados a mercados externos. Lo anterior estabiliza los precios año a año, eliminando algunos de los riesgos y la incertidumbre inherentes a la agricultura.

El control de calidad es otro método para aumentar los precios de los cultivos y se lleva a cabo principalmente a través de inspecciones federales obligatorias. Estas inspecciones hacen cumplir estándares mínimos respecto a la madurez, apariencia o tamaño, lo que garantiza que el producto de más alta calidad salga al mercado, cumpliendo con las expectativas de los consumidores, y en última instancia, aumentando los precios, la demanda y la rentabilidad de los agricultores.

La tercera función de las órdenes de comercialización, el apoyo al mercado, tiene como objetivo lograr “condiciones disciplinadas de comercialización”<sup>59</sup> por medio de la estandarización de envases, investigación, publicidad y mantención de registros. Estas funciones no afectan directamente el precio, pero sirven el objetivo general de comercialización cual es mejorar la percepción de los consumidores en el largo plazo, y son citadas, en la actualidad, como el principal objetivo de las órdenes de comercialización. Los proyectos de investigación abarcan desde indagación en terreno de nuevas variedades de cepas hasta pruebas de laboratorio sobre beneficios para la salud de los productos. La mantención de registros sirve otra función valiosa para la industria, obteniéndose anualmente información de despachos de parte de los manipuladores con el fin de establecer o predecir precios y anticipar excesos o déficits de productos.

---

<sup>58</sup> *The effect of terminated marketing orders on small farms, and a reflection on the Jeffersonian spirit*, San Joaquin Agricultural Law Review, disponible en <http://www.sjcl.edu/images/stories/sjalr/volumes/V22N1C4.pdf>

<sup>59</sup> “orderly marketing conditions”

La función de la publicidad, aunque originalmente no contemplada por el AMAA, ha sido adoptada por la mayoría de las órdenes de comercialización y se ha convertido en uno de los elementos de apoyo al mercado. Debido a la naturaleza inclusiva y obligatoria de las órdenes de comercialización, la publicidad se lleva a cabo de forma genérica, sin consideración a las marcas individuales de los productos, por ejemplo, “*California Raisins*” o “*Real California Milk*”, similares a las marcas sectoriales, “*pisco de chile*”, “*wines of chile*” en nuestro país.

De conformidad con la política del AMAA de apoyo a los agricultores, estas funciones de las ordenes de comercialización son financiadas a través de cuotas que se cobran a los manipuladores. La comercialización internacional, que también se ha convertido en un elemento importante de las órdenes de comercialización, proporciona otra fuente de financiamiento por el que, tras la postulación y formulación de un plan de comercialización en el extranjero por una orden, el Programa de Acceso al Mercado del USDA asigna fondos del Congreso para este propósito específico.

#### *Enforcement de las PIC*

Cabe hacer presente que el poder de compra anticompetitivo ha ocupado un lugar relevante en las actividades de las agencias de competencia de Estados Unidos –FTC y DOJ– en los últimos años, en industrias muy diversas como la administración de beneficios farmacéuticos y crianza y procesamiento de aves de corral. Ambas agencias han enfatizado la importancia de la competencia efectiva y del *enforcement* en el sector de la cadena de suministro de alimentos. Sin perjuicio de entender el impacto que tiene el aumento del poder de compra sobre los proveedores, el DOJ ha señalado que “las leyes antimonopolio se enfocan en la competencia y el proceso competitivo, y no sirven directamente a los objetivos de otras políticas, como la equidad, la seguridad, la

promoción del comercio exterior, y la protección del medio ambiente, por lo que estos temas requieren soluciones públicas o privadas distintas a las leyes antimonopolio”.<sup>60</sup>

Al respecto, en el contexto de una fusión en el sector de comercio al por menor de alimentos en Puerto Rico, la FTC<sup>61</sup> respondió de la siguiente manera a las críticas sobre que la agencia no había considerado la capacidad de la empresa compradora (Wal-Mart) para desviar sus adquisiciones de los proveedores locales o los potenciales efectos sociales adversos de la transacción: "(...)el Informe conjunto también expresa su preocupación acerca de que la adquisición de Amigo por parte de Wal-Mart en última instancia, podría dar lugar a la reducción de las ventas de productos agrícolas de Puerto Rico, acelerar el desplazamiento de pequeñas y medianas empresas, como almacenes y farmacias de barrio, y precipitar la expansión urbana y el vaciamiento de los centros urbanos. Si bien la Comisión reconoce que estas preocupaciones reflejan cuestiones importantes que afectan el desarrollo económico local, ellas no son problemas en los que se enfoca la política de la competencia. La Comisión no tiene ni la competencia ni la jurisdicción para evaluar asuntos de este tipo”<sup>62</sup>

## C. ASIA

### a) Japón

---

<sup>60</sup> OECD Policy Round Tables –*Competition Issues in the Food Chain Industry 2013*- Cita a United States of America, Department of Justice, Antitrust Division, “*Competition and Agriculture: Voices from the Workshops on Agriculture and Antitrust Enforcement in our 21st Century Economy and Thoughts on the Way Forward*” (May 2012) at 15, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/reports/283291.pdf>.

<sup>61</sup>Federal Trade Commission”

<sup>62</sup> OECD Policy Round Tables –*Competition Issues in the Food Chain Industry 2013*- Cita a U.S. Federal Trade Commission, respuesta a comentario del Hon. Anibal Acevedo-Vila, *In re Wal-Mart Stores, Inc.*, Docket No. C-4066 (Feb. 27, 2003), disponible en <http://ftc.gov/os/2003/02/letteracevedo.htm>.

La ley antimonopolio de Japón prohíbe cualquier conducta que sea realizada injustamente, a la luz de prácticas comerciales normales, que implique hacer uso de una posición negociadora superior sobre una contraparte, en especial si tal conducta implica: i) inducir a la contraparte a adquirir un bien o servicio ajeno a la transacción; ii) inducir a la contraparte a conceder beneficios económicos; iii) establecer o cambiar las condiciones de una transacción de una forma desventajosa para la contraparte. Asimismo, la ley prohíbe cualquier conducta que tienda a impedir la competencia justa y que sea designada de esta manera por la *Fair Trade Commission*, en especial: a) Tratar injustamente a otras empresas en una manera discriminatoria; b) Realizar transacciones a un precio injusto; c) Que un agente económico induzca u obligue a contratar con él a los clientes de un competidor; d) Contratar con una contraparte en condiciones tales que restrinjan injustamente sus actividades comerciales, y e) Contratar con una contraparte haciendo injustamente uso de una posición negociadora superior(...).<sup>63</sup>

Los requisitos para configurar un abuso de posición negociadora de Japón son distintos a aquellos aplicables a un abuso de posición dominante en el mercado, por cuanto a diferencia de esta última conducta, la primera requiere que la empresa tenga una posición negociadora superior relativa a su contraparte, no absoluta en el mercado.

### Enforcement de las PIC

La entidad japonesa encargada de fiscalizar y sancionar las conductas antes descritas es la agencia de competencia japonesa: la *Japan Fair Trade Commission* (JFTC).

#### **b) Corea del Sur**

---

<sup>63</sup>Artículo 19 y Artículo 2, inciso 9, número (v) a, b y c, y número (vi) a, b, c, d y e de la Ley Antimonopolio de Japón (AMA) [http://www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/amended\\_ama09/index.html](http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.html)

La Ley de Competencia surcoreana define el abuso de posición negociadora superior como la conducta de una empresa consistente en tomar injustamente ventaja de su posición comercial superior al contratar con otros. Esta definición se aplica tanto a compradores como proveedores, salvo algunas excepciones. La ley establece que las empresas no deben realizar conductas que dañen o puedan dañar el comercio justo, o provocar que una empresa relacionada u otra empresa lo haga, estableciendo expresamente entre esas conductas el comerciar usando injustamente una posición de negociación superior<sup>64</sup>. La ley es aplicable a casos en que una empresa utiliza su posición superior, por razones tales como la falta de sustitutos, para imponer desventajas a su contraparte, en especial forzando la adquisición de bienes o servicios; forzando la entrega de beneficios; imponiendo metas de venta; imponiendo desventajas; estableciendo o cambiando los términos del contrato; o, interfiriendo con la administración del negocio y operaciones de la contraparte.

A su vez, la Guía para el análisis de prácticas injustas de comercio<sup>65</sup> establece que una empresa puede abusar de su posición negociadora superior y explotar a empresas en una posición inferior, al imponer sanciones, tales como adquisición obligada de productos o interferir en decisiones gerenciales de la contraparte. La Guía también señala que si una empresa con una posición negociadora superior se niega a contratar sin justificación o con el solo objeto de hacer difícil que la contraparte pueda desarrollar sus actividades comerciales, tal conducta será considerada un abuso de posición negociadora superior o interferencia de actividades de comercio. En tales casos, los efectos anticompetitivos no requieren ser analizados.

---

<sup>64</sup>Artículo 23, apartado (1) 4 de la Ley Coreana sobre Regulación de Monopolios y de Comercio Justo, disponible en <http://eng.ftc.go.kr/bbs.do>

<sup>65</sup>Guidelines for Assessment of Unfair Trade Practices: Estas directrices establecen criterios para la evaluación y prevención de infracciones a la ley sobre Regulación de Monopolios y de Comercio Justo mediante la presentación de ejemplos de prácticas desleales de comercio para aclarar y especificar los "tipos de prácticas comerciales desleales", según el apartado 1, el artículo 23 de la Ley ( Prohibición de prácticas comerciales injustas ) y el párrafo 1, del artículo 36 del Decreto de aplicación de la Ley.

Enforcement de las PIC

La entidad coreana encargada de fiscalizar y sancionar las conductas antes descritas es la agencia de competencia coreana, *Korea Fair Trade Commission* (KFTC).

### III. ANÁLISIS DE LAS LEGISLACIONES REVISADAS

Las legislaciones examinadas, la forma y el grado de cobertura de las PIC varían significativamente.

Algunos países regulan un alto número de PIC, como Francia e Italia, específicamente, en el sector alimentario.

Varias de las legislaciones examinadas incorporan normativa sobre el abuso de dependencia económica, algunas de ellas contenidas en legislación específica del sector alimentario, como en el caso de República Checa. Dado que el abuso de dependencia económica podría ser invocado para enfrentar prácticas como la transferencia injusta de riesgo comercial, exenciones de responsabilidad y modificación unilateral de contratos, éstas PIC estarían potencialmente cubiertas por estas legislaciones.

Algunas PIC tienen una cobertura limitada, como la falta de claridad de la oferta de contrato (cubierto por la legislación francesa e italiana, en caso del sector alimentario); falta de contrato escrito (cubierto por Francia y por República Checa, Italia y España en el sector alimentario) y término injusto de negociaciones (cubierto parcialmente por Italia en el sector alimentario).

Sin perjuicio de que los instrumentos utilizados para tratar los PIC varían de país en país, destaca el uso de leyes que cubren relaciones B2B y que contienen normativa relativa al abuso de dependencia económica, exenciones de responsabilidad, modificación unilateral de contratos, terminación injusta de contratos y negativa de negociar.

En general, la cobertura de PIC en el sector alimentario es mayor que la cobertura otorgada en otros sectores económicos, particularmente en el caso de ciertas PIC como falta de contrato escrito, cláusulas de modificación unilateral de contratos y traspaso injusto de riesgos. A nivel nacional también existe esta diferencia, por ejemplo en países como República Checa, Italia y España que tienen una cobertura más amplia -o reglas más específicas- de PIC en el sector alimentario que en otros sectores

De las legislaciones revisadas, Italia es el país que tiene mayor cobertura de PIC, debido a sus disposiciones sobre abuso de dependencia económica y la adopción en 2012 de un conjunto específico y bastante completo de normas para el sector alimentario. También Francia y España tienen un alto grado de cobertura<sup>66</sup>.

En cuanto al *enforcement*, en Austria, República Checa, Alemania e Italia, las normas sobre PIC del sector alimentario son responsabilidad de la Autoridad de Competencia respectiva (en Austria y Alemania, las normas sobre PIC en otros sectores también son responsabilidad de la Autoridad de Competencia). Por otro lado, en países como Francia, en el sector minorista, y España, en el sector alimentario, la legislación sobre PIC en relaciones B2B son responsabilidad de entidades administrativas<sup>67</sup>.

En el caso de Italia, en el sector alimentario el cumplimiento de las normas relativas a las PIC está a cargo de la Autoridad de Competencia, pero no aquellas normas generales relativas al abuso de dependencia económica, para las que la Autoridad de Competencia es competente solo si constituyen un ilícito anticompetitivo.

Cabe hacer presente que, en el sector alimentario, las autoridades competentes de Italia (Autoridad de Competencia), República Checa (Autoridad de Competencia), España (Administración General del Estado) y Alemania (Autoridad de Competencia) pueden iniciar investigaciones *ex officio*, es decir por iniciativa propia, sin que sea necesario que una parte lo solicite.

---

<sup>66</sup>Esto, asumiendo que las legislaciones que han adoptado normas sobre abuso de dependencia económica, pueden capturar, a través de dicha figura general, PIC relacionados más específicos, como exenciones de responsabilidad, cláusulas de modificación unilateral de contrato y traspaso injusto de riesgos en el contexto de una relación comercial y que disposiciones generales (por ejemplo, artículos del código civil) no son idóneos para abordar adecuadamente las PIC,

<sup>67</sup>En Francia los organismos son la *Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC)* y el *General Directorate for Competition Policy, Consumer Affairs and Fraud Control (DGCCRF)*. La CEPC fue establecida por la ley de prácticas restrictivas, y está encargada de proporcionar asesoría y recomendaciones a petición de operadores privados, asociaciones gremiales, autoridades públicas. Aunque carece de potestad sancionadora, la CEPC tiene un rol muy importante en el cumplimiento de la normativa, ya que sus indicaciones son tomadas en consideración en los tribunales, puede investigar de oficio, y recibir denuncias confidenciales. Por su parte el DGCCRF tiene facultades para investigar PIC e incluso puede imponer sanciones en nombre del Ministerio de Economía.



#### **IV. LEGISLACIÓN E INSTITUCIONALIDAD CHILENA EN MATERIA DE RESGUARDO Y PROMOCIÓN DE LA SANA COMPETENCIA EN LOS SECTORES AGRÍCOLA Y FORESTAL Y POLÍTICAS Y/O INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS REFERIDOS AL PODER DE NEGOCIACIÓN Y LAS PRÁCTICAS COMERCIALES**

Con excepción de algunas iniciativas específicas, en Chile no existe legislación particular destinada a enfrentar las Prácticas Injustas de Comercio en relaciones verticales, específicamente las que pueden ocurrir en las cadenas de suministro como las de los sectores agrícola y forestal.

El derecho de la Competencia, específicamente el Decreto Ley 211, es un instrumento muy limitado para enfrentar las PIC<sup>68</sup>. Sin perjuicio de que las normas sobre conductas unilaterales, incluido el abuso de posición dominante, podrían eventualmente utilizarse en determinados casos, en la práctica la mayoría de las PIC no son alcanzadas por estas normas por cuanto, para ser aplicables, éstas requieren de la existencia de una posición dominante y efectos en el mercado relevante, en especial sobre el bienestar de los consumidores. Si no se cumple alguno de estos requisitos, como por ejemplo cuando la práctica resulta en precios más bajos para los consumidores, en principio, el derecho de la competencia no podría aplicarse a menos que se utilizase una teoría más sofisticada de perjuicio a los consumidores (ej. una menor variedad de productos en el mediano y largo plazo).

Cabe hacer presente que en el caso chileno, la defensa de la libre competencia tiene una marcada orientación hacia la eficiencia total en los mercados. Esto marca una diferencia con otros sistemas de defensa de competencia, que hacen expresa mención a la maximización del bienestar de los consumidores. En nuestro caso, la defensa de la libre competencia persigue alcanzar la máxima eficiencia, o lo que los economistas entienden como “el excedente total”. Entonces, su objeto, es promover que el ambiente sea el más

adecuado para que los beneficios que los agentes económicos reciben del intercambio en una economía de libre mercado sean los máximos posibles. Por cierto, lo anterior está en armonía con el bienestar del consumidor, por cuanto en una economía eficiente los consumidores tienen acceso a una mayor oferta de bienes, de mejor calidad y a un menor costo<sup>69</sup>.

Por otra parte la legislación sobre Competencia Desleal - Ley N° 20.169-tampoco parece ser idónea para enfrentar el problema de las PIC. Esta ley define a la competencia desleal como “toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar cliente de un agente del mercado.”<sup>70</sup>

Al respecto, los actos de desviación de clientela son aquellas conductas que tienen como finalidad atraer clientela de otros competidores por medios ilícitos, ya sea mediante engaño, imitación, confusión u otra conducta indebida. Este concepto limita las conductas que sanciona esta ley a aquellas de carácter horizontal, excluyendo las que pueden ocurrir en relaciones verticales entre empresas que no compiten entre sí. Lo anterior parece ser confirmado por la lista no taxativa entregada por el legislador de conductas sancionadas, las que incluyen actos de confusión, particularmente de apropiación, actos de desviación, y de denigración.

Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de la aplicación limitada que pudiesen tener para efectos de abordar el problema de las PIC, es importante llamar la atención sobre los literales h) e i) del artículo 4 de la citada ley, los que establecen como actos de competencia desleal situaciones que no resguardan la sana competencia entre dos agentes del mercado.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup>Felipe Irrázabal Philippi “El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia”. Ponencia disponible en [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO\\_0001\\_2010.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf).

<sup>70</sup>Artículo 3º

<sup>71</sup>REVECO URZUA, Ricardo y PADILLA PAROT, Ricardo. *La competencia desleal en el contrato de distribución de productos: Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2014, rol N° 6.256-2012. RChDP [online]. 2014, n.22 [citado 2015-09-02], pp. 355-363. Disponible en:*

Los referidos literales, incorporados por la ley N° 20.416 -*que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño*- tienen por objetivo prohibir, en primer lugar, los casos en que la empresa compradora (que busca ser aprovisionada de un producto) presiona a su proveedor para que le otorgue condiciones similares o mejores a las ofrecidas a su competencia o, derechamente, no le otorgue a esta última las mismas condiciones. Por su parte, el literal i) del artículo 4, protege al proveedor frente al incumplimiento sistemático de las obligaciones contractuales por parte de la empresa compradora.<sup>7273</sup>

De esta manera, las letras h) e i) de la ley sancionan conductas que grandes empresas pueden realizar frente a sus proveedores (pequeñas o medianas empresas); cuestión que difiere del resguardo de la competencia leal dentro del mercado<sup>74</sup>. De manera que, la esfera de protección de la norma en aquellos casos (literales h) e i) de la ley N° 20.169), no se refiere a interacciones entre agentes que compiten en el mismo mercado, sino entre contrapartes comerciales que se encuentran en segmentos distintos de una cadena de valor, y supone el quebrantamiento del contrato que vincula a dichas contrapartes.

Pero lo cierto es que el acto de competencia desleal -en la forma que ha sido regulado por el legislador- es el que busca en esencia desviar ilícitamente la clientela de terceros y no sólo de competidores. Si a lo dicho se le complementa con la cláusula general del artículo 3° de la ley, antes transcrita, la conclusión es aún más clara.<sup>75</sup>

Entre las iniciativas específicas que han intentado aminorar algunas prácticas injustas de comercio en nuestro país, se cuenta la **Ley 20.797 que crea un registro voluntario de contratos agrícolas**<sup>76</sup>. Esta ley, publicada el 19 de diciembre de 2014, intenta hacerse

---

<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722014000100018&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100018&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-8072. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000100018>.

<sup>72</sup>Historia de la Ley 20.416. Informe Comisión de Economía, p. 247, en [www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010668](http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010668).

<sup>73</sup>REVECO, op. cit., p.359

<sup>74</sup>Ibid

<sup>75</sup>Ibid

<sup>76</sup>Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1072788>

cargo de la escasa penetración en el sector agrícola de contratos escritos y la falta de certeza jurídica que impera en el rubro en general, mediante la creación de un registro electrónico, público, voluntario, nacional y único de los contratos agrícolas, que pretende evitar los costos de forzar el cumplimiento de este tipo de contratos, mediante los tribunales de justicia.

Las ideas matrices de la ley son i) la creación de un registro electrónico, único, público y voluntario de contratos agrícolas; ii) los usuarios del registro inscribirán sus contratos por medio de un formulario suscrito ante notario, o mediante firma electrónica avanzada; iii) por el hecho de registrarse, un contrato se hace oponible a terceros; iv) se establecen sanciones y efectos específicos en caso de que se incumpla un contrato registrado.

Por su parte, **la Ley No 20.656 que Regula las transacciones comerciales de productos agropecuarios**<sup>77</sup>, publicada en el 02 de febrero de 2013, tiene como objetivo establecer mecanismos e instrumentos que asistan a la libre determinación de precios en las transacciones de productos agropecuarios. Específicamente, la ley regula aspectos fundamentales del proceso de transacción comercial de los productos agropecuarios, en cuanto a medición de calidad y cantidad de los productos, la certificación de los equipos y la toma de muestra y contramuestras, según corresponda a la naturaleza de los productos transados. También establece la obligatoriedad del procedimiento de análisis de muestras y contramuestras, y medición, según corresponda, de los productos agropecuarios que se transan en el mercado nacional y que no se encuentren regulados en una ley especial. Por último la legislación en comento instituye, para los agroindustriales o intermediarios, la obligación de mantener en su establecimiento, a la vista del público, un listado de precios de referencia, emitir una guía de entrega y, tratándose de primera transacción comercial de un producto agropecuario y de conformidad a las características del producto, la obtención y conservación de una muestra y una contramuestra del producto, así como el envío de la muestra al laboratorio de ensayo y de la contramuestra a un laboratorio de

---

<sup>77</sup>Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1048555>

ensayo arbitrador, entre otros. La fiscalización del cumplimiento de la ley y su reglamento está a cargo del Servicio Agrícola y Ganadero.

### **Sentencias del TDLC**

En línea con lo señalado anteriormente, y como se podrá apreciar en los siguientes párrafos, la jurisprudencia nacional de competencia es muy poco relevante y ha tenido un impacto virtualmente nulo en el tratamiento de las PIC.

#### **Sentencia N°7/2004<sup>78</sup>**

En la causa Rol C N° 01-04 del H. TDLC iniciada por un requerimiento de la FNE en contra de Nestlé, Parmalat, Soprole, Watt's, Dos Álamos y Colun por supuestos acuerdos de reparto de cuotas de mercado, negativas de compra, disminución de precios, discriminación de precios y opacidad en proceso de toma de muestra, el Tribunal decidió **rechazar** la acción de la FNE en casi todas sus partes, por cuanto no fue acreditado respecto de las requeridas la existencia de la mayoría de las conductas imputadas.

La excepción estuvo constituida por el hecho de que el TDLC **decidió condenar únicamente a Nestlé Chile S.A.**, en su calidad de continuadora legal de Lechera del Sur S.A., en lo que respecta a la ejecución de conductas de discriminación arbitraria de precios.

Además, la sentencia fijó una serie de medidas obligatorias para las demandadas, a saber:

- Las empresas procesadoras de leche deberán mantener un listado de precios de compra, el que deberá detallar los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados;

---

<sup>78</sup>[http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia\\_07\\_2004.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_07_2004.pdf)

- Las empresas procesadoras de leche deberán anunciar, a lo menos con un mes de anticipación, cualquier cambio en las condiciones de compra de leche fresca;
- Las plantas procesadoras de leche deberán fundar su negativa de compra a los agricultores que les hayan realizado ofertas por escrito;
- Estas mismas plantas deberán llevar un registro de las ofertas que rechacen, e informar a la Fiscalía Nacional Económica, semestralmente, los cambios significativos de compra a clientes antiguos así como la incorporación de nuevos;
- Las plantas deberán abstenerse de usar en la determinación del precio el cociente histórico entre entregas de invierno y entregas de verano;
- Las empresas procesadoras de leche deberán, dentro de un plazo de seis meses, diseñar un sistema de toma de muestras que dé garantías a todas las partes involucradas, el que deberá ser aprobado por la Fiscalía Nacional Económica. Si transcurrido ese plazo la industria no hubiese presentado una propuesta, la Fiscalía requerirá al Ministerio de Agricultura el diseño del sistema; y,
- Asimismo, se le ordenó a la FNE permanecer atenta al desarrollo del proceso de comercialización de la leche, sin perjuicio de las medidas que previamente se ordenaron.

### **Sentencia N° 27/2005<sup>79</sup>**

Recurso de Reclamación de la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras del Sector Privado del Comercio y de Supermercados, AGIP en contra del Dictamen N° 1283 de la H. Comisión Preventiva Central (CPC) recaído sobre una denuncia que recibió de dicha asociación gremial en contra de lansa, por una serie de presuntas prácticas contrarias a la libre competencia: la eliminación indebida de la competencia tanto en los mercados del

---

<sup>79</sup>

<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=764&GUID=>

azúcar como en el de los edulcorantes, el abuso de su condición monopsonica, la discriminación de precios y la intervención en la cuota de importación del azúcar.

La FNE había desechado la denuncia presentada por AGIP, considerando que no existió, para el caso en estudio, una conducta contraria al Decreto Ley N° 211.

El H. Tribunal decidió **rechazar** el recurso de reclamación de la AGIP, y, en definitiva, absolver a Iansa de toda conducta imputada.

### **Resolución N°31/2009<sup>80</sup>**

Operación consultada de fusión entre Soquimich Comercial S.A. (SQMC) con Anagra S.A. (Anagra), mediante la absorción de esta última por parte de la primera.

La operación en cuestión implicaba que dos empresas importadoras y comercializadoras de fertilizantes independientes pasaran a constituirse en una sola, desapareciendo uno de los cuatro principales oferentes de fertilizantes existentes en el mercado interno.

El TDLC aprobó la fusión consultada, dictaminando que ésta debía someterse a ciertas condiciones, a saber:

-SQMC tendrá la obligación de consultar a este Tribunal en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N° 211, cualquier operación de integración vertical con intermediarios en la comercialización de fertilizantes primarios en que pretenda intervenir, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, en forma previa a su materialización, así como cualquier contrato que pretenda celebrar con distribuidores y que contemple cláusulas de exclusividad o condiciones que reflejen en definitiva una exclusividad.

---

<sup>80</sup>

-SQMC no podrá discriminar arbitrariamente entre sus clientes en la comercialización directa o indirecta de los fertilizantes de producción propia o de sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores.

-SQMC no podrá vender los fertilizantes de producción propia o de sus personas relacionadas únicamente en forma atada a otros productos o servicios. En caso de contemplar ofertas conjuntas de distintos productos o servicios por un único precio,

-SQMC deberá mantener a la venta, por separado, cada uno de los productos o servicios que comercialice bajo esta modalidad e informar el precio de venta correspondiente cada uno de ellos.

-SQMC deberá mantenerse como sociedad anónima abierta con patrimonio independiente y administración separada de SQM S.A. y de sus empresas relacionadas que produzcan fertilizantes, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores y deberá consultar a este Tribunal en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N° 211, e n caso que desee modificar esta situación en el futuro.

### **Sentencia N°99/2010<sup>81</sup>**

Demanda de Comasa en contra de la Cooperativa Agrícola Pisquera Elqui Ltda. (Capel), por supuestas conductas contrarias a la libre competencia.

Comasa era miembro de Cooperativa Capel desde el año 1991. En junio de 2008 fue sancionada por el Directorio con la exclusión de la Cooperativa, por supuestas infracciones a los estatutos y normativa sectorial, al haber vendido a terceros parte de su producción de uva del año 2007 en vez de hacerlo a Capel.

Las prácticas de Capel en cuestión habrían consistido en:

---

81

Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/jurisprudencia-en-libre-competencia/decisiones-tdlc/>



- Obligar a la demandante a entregar su producción de uva a la cooperativa a precios inferiores a los de mercado;
- La aplicación de sanciones por parte de Capel –castigo de precios por uva y la exclusión de la cooperativa- por el incumplimiento de la obligación anterior; y,
- La retención por un plazo indefinido del valor de las cuotas de participación de la demandante, sujeto a la disponibilidad de recursos que discrecionalmente asigne el Consejo de Administración de la cooperativa al Fondo de Reserva correspondiente.

Estas conductas se posibilitarían por el monopsonio o la posición dominante que posee Capel en la adquisición de uva pisquera.

El TDLC razonó en el fallo en comento que tanto la Ley de Cooperativas como su Reglamento establecen la posibilidad de que los estatutos de estas asociaciones contengan prohibiciones relativas al ejercicio de actividades económicas de la misma índole que las desarrolladas por la cooperativa, cuestión que no constituye una contradicción directa con las normas de defensa de la libre competencia que deba ser rectificadas mediante el ejercicio de la potestad del Tribunal de recomendar su modificación. Al respecto recordó que el Dictamen N° 1048 de la Comisión Preventiva Central, de octubre de 1998, refiriéndose a una eventual operación de fusión entre las cooperativas Capel y Control, consideró que en esta industria existía un riesgo de posibles prácticas anticompetitivas, especialmente respecto de los productores de uva pisquera, por las relaciones de negocios que mantienen con las cooperativas. Por ello, la referida comisión resolvió aprobar la operación, sujeta a una serie de condiciones, entre las que señaló: “d) La nueva cooperativa deberá establecer normas que permitan a los socios retirarse de la cooperativa sin que ello signifique una pérdida económica para el socio que desee renunciar a la cooperativa; e) En general [...] evitar exigencias que puedan significar la expulsión o retiro de socios de la nueva cooperativa”. Luego, en diciembre de 1999, por Dictamen N° 1.091, al revisar el “Marco de acuerdo” de la fusión, la Comisión reiteró la necesidad de incorporar estas materias en los futuros estatutos de la cooperativa

fusionada y sometidas al control y fiscalización del Departamento de Cooperativas del Ministerio de Economía. Sin embargo, esta fusión, por diversas circunstancias, no llegó a materializarse.

En consecuencia, el TDLC decidió rechazar la demanda de Comasa en contra de Capel.

## V. PRACTICAS INJUSTAS DE COMERCIO TRATADAS EN LAS LEGISLACIONES EXAMINADAS

Siguiendo la línea de los varios estudios europeos sobre el tema<sup>82</sup>, además de enumerar las PIC identificadas por el Libro Verde de la Comisión Europea, se listan a continuación aquellas PIC identificadas en distintas las jurisdicciones estudiadas, clasificándolas en PIC Precontractuales, PIC Contractuales y PIC Post Contractuales.

### a) PIC Precontractuales: en negociación y formación de los contratos

- No entrega de información esencial para la relación comercial de que se trate.
- Publicidad o información engañosa.
- Prácticas agresivas.
- Discriminación.
- Negativa a negociar.
- Abuso de poder de negociación.
- Terminación desleal de la negociación.
- Falta de claridad en la oferta de contrato.

### Definición de términos y condiciones del contrato, incluyen:

- Falta de contrato escrito.
- Términos que imponen recargos en los suministros.
- Términos que imponen costos injustificados/excesivos (ej. Recargos por servicios no requeridos).

---

<sup>82</sup>Study on the legal framework covering Business to Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain- Final Report - 26 February 2014- Prepared for the European Commission, DG Internal Market DG MARKT/2012/049/E

- Términos que imponen requisitos excesivos (ej. estándares, auditorías, mecanismos de certificación) y costos relacionados a dichos requisitos.
- Términos que imponen o traspasan injustificadamente los riesgos.
- Exclusiones de responsabilidad.
- Restricciones de exclusividad.
- Cláusulas de no competencia.
- Penalidades contractuales no transparentes o desproporcionadas.
- Disposiciones injustas relativas a los precios (ej. ventas por debajo del costo, prácticas desleales de descuento, objetivos de ventas poco realistas).
- Condiciones injustas de pago (ej. pagos diferidos, exclusión de pena en caso de retraso en el pago).
- Cláusulas de modificación unilateral de los términos y condiciones acordados.
- Términos discriminatorios en relación a competidores u otros proveedores.

**b) PIC Contractuales: durante la ejecución del contrato**

- Uso desleal de información confidencial.
- Discriminación dentro de la cadena de distribución o venta.
- Usurpación.
- Interferencia dolosa.
- Terminación injusta del contrato.
- Abuso de dependencia económica.

**c) PIC Post Contractuales: pueden emerger después de la expiración del contrato**

- Uso desleal de información confidencial después de la expiración del contrato.
- Ejecución de obligaciones de no competencia después de la expiración del contrato.



## **VI. LA SITUACIÓN EN LOS MERCADOS DE LA AGROINDUSTRIA Y EL SECTOR FORESTAL EN CHILE, LAS PIC Y LAS HERRAMIENTAS EXISTENTES PARA ENFRENTARLAS. LAS LECCIONES QUE PUEDEN EXTRAERSE DE LA EXPERIENCIA COMPARADA**

Los sectores agroindustrial y forestal en Chile exhiben una significativa concentración en el segmento procesador, lo que implica la existencia de oligopsonios en varios de los mercados involucrados en las industrias respectivas, esto es, una situación de fallo de mercado.

En ese contexto, aumenta la probabilidad de que en los sectores agroalimentarios y forestales surjan comportamientos estratégicos y de ejercicio abusivo de poder de negociación por parte de los procesadores para los distintos productos y en diferentes zonas del país. Estos comportamientos no siempre pueden ser encuadrados en las hipótesis prohibidas en la legislación de competencia.

Factores coadyuvantes a la mera existencia de oligopsonios y que favorecen comportamientos estratégicos de los compradores/procesadores en los sectores agroalimentario y forestal, son, entre otros: (i) la existencia de significativos costos de salida de la relación comercial, por ejemplo, debido a inversiones específicas a la relación comercial con determinado comprador/procesador realizadas por los productores. Estas inversiones pueden convertirse en muy costosas una vez que las partes entran en una relación de largo plazo; (ii) el hecho de que una porción significativa de las provisiones o ventas de un productor sean a un comprador/procesador determinado, podría situar al primero en una situación de dependencia del segundo. De la misma forma, una parte puede depender de su contraparte debido a otros factores, como la tecnología y el *know-how*, no contando con una alternativa real a esa contraparte específica; (iii) el hecho de que el comprador/procesador se aproveche de que esté en posesión de más información que un productor sobre el producto, su calidad, los precios de mercado, etc. puede derivar en la obtención de una posición superior en las negociaciones de dicho

comprador/procesador y en la posibilidad de estipular términos del contrato que permitan transferir riesgos a su contraparte; y, (iv) la existencia de contratos incompletos, debido a la capacidad limitada de pequeños productores para negociar totalmente el contrato y adquirir información sobre el contenido de todas sus cláusulas, permiten a la parte más fuerte explotar los vacíos a su favor, completando unilateralmente y *ex post* las omisiones de manera favorable a sus intereses.

En la mayoría de las jurisdicciones examinadas para el presente trabajo las autoridades han identificado la existencia de Prácticas Injustas de Comercio que son manifestaciones de comportamientos estratégicos derivados de los desequilibrios en la fuerza económica entre contratantes y, de manera progresiva, han decidido enfrentarlo utilizando diversos enfoques<sup>83</sup>.

En nuestro país pueden aprenderse lecciones del camino transitado a nivel comparado. Así, parece necesario también asumir en Chile la existencia de estas prácticas injustas en las relaciones comerciales verticales y la de un vacío en la legislación chilena que impide enfrentarlas adecuadamente. Terminar con dicho vacío parece necesario por razones de equidad y eficiencia.

En efecto, el derecho de la competencia chileno tiene limitaciones para enfrentar las PIC. La prohibición y sanción de conductas unilaterales explotativas -que constituyen una clase de abuso de posición dominante-requieren de la existencia de poder de mercado de quien incurre en ellas, de la generación de efectos negativos en el proceso competitivo en el mercado relevante respectivo y, eventualmente, de un impacto pernicioso en el bienestar de los consumidores. Estos elementos no necesariamente están presentes en las PIC. Y si no se cumple alguno de los requisitos que impone el derecho de la competencia, como por ejemplo cuando la práctica resulta en precios más bajos para los consumidores, en principio el Decreto Ley N° 211 no podría aplicarse a menos que se utilizase una teoría

---

<sup>83</sup>Ver, por ejemplo, *Study on the legal framework covering Business to Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain- Final Report - 26 February 2014- Prepared for the European Commission, DG Internal Market DG MARKT/2012/049/E*

más sofisticada de perjuicio a los consumidores (ej. una menor variedad de productos en el mediano y largo plazo), cuestión de suyo improbable.

En el derecho comparado la introducción de reglas que se basan en posiciones dominantes relativas -como el abuso de dependencia económica o el abuso de poder de negociación superior- constituyen intentos de proporcionar una solución al problema descrito en el párrafo precedente. Aunque en ocasiones estas figuras se han incorporado dentro de la esfera del derecho de la competencia, los límites de esta campo legal han propiciado también la introducción de normas destinadas a combatirlas en la legislación sobre competencia desleal o en legislaciones específicas que abordan las relaciones B2B en todos los sectores económicos o, específicamente, en los referidos a la cadena agroalimentaria. Complementariamente, en algunas jurisdicciones se ha propiciado una suerte de co-regulación entre el sector público y el privado por medio del desarrollo de Códigos de Conducta, con adscripción voluntaria de los agentes económicos, pero cuyo cumplimiento es promovido por la autoridad pública.

Se observa asimismo que los instrumentos usados para abordar las PIC varían de acuerdo al contexto o momento en que estas se producen -etapa precontractual, etapa de formación y celebración del contrato, etapa de ejecución del contrato o etapa posterior al término del contrato- y que también dichos instrumentos -derecho de la competencia, legislación sobre competencia desleal, derecho contractual- suelen aplicarse de manera complementaria.

En relación al cumplimiento (*enforcement*) de la legislación relativa a las PIC, existe una marcada participación de entidades administrativas, tanto de agencias de competencia como de autoridades administrativas sectoriales y organismos de gobierno. Algunos sistemas otorgan directamente potestades sancionadoras a órganos administrativos, mientras otros solo le confieren facultades investigativas, reservando la imposición de sanciones a órganos jurisdiccionales.



Por último y como se dijo, se observa que la regulación privada está jugando un papel importante para normar las PIC, constituyendo una herramienta complementaria que refuerza la regulación pública. En varios países se han tomado medidas para que organismos públicos hagan exigible la regulación privada (en el Reino Unido e Italia, en el sector alimentario).

Ahora bien, una vez constatada la existencia de un vacío legal para dar un tratamiento adecuado a las PIC y una vez que se ha tomado la decisión política de abordarlas, deben tomarse en consideración una serie de factores al momento de elaborar cualquier instrumento para ello,

En primer término, debe tenerse presente que existe un **“factor miedo”**. De la experiencia recogida de varios de los países examinados, el miedo es un elemento que limita los litigios sobre PIC. Y la influencia del “factor miedo” parece más probable cuando (i) los productos transados son perecederos (mercado relevante del productor es muy limitado); (ii) existen muchas alternativas a la parte más débil de la relación comercial, es decir, hay muchos proveedores alternativos potenciales que podrían sustituir al existente en el corto plazo. Estas situaciones dan lugar a la aparición de relaciones contractuales de largo plazo en las que una de las partes es capaz de extraer rentas, debido a que su contraparte ha hecho mayores inversiones específicas a la transacción; y, (iii) las demandas o denuncias son costosas y riesgosas.

Según la experiencia internacional, el factor miedo puede ser un problema muy importante en el sector alimentario. Esto requiere poner una especial atención en la elaboración de mecanismos para enfrentar las PIC que faciliten su utilización por las partes más vulnerables, por ejemplo, garantizando –en la medida de lo posible– la confidencialidad de las denuncias

Además, para enfrentar este problema específico deben minimizarse los obstáculos al acceso a la justicia, evitando regulaciones poco amigables desde el punto de vista del denunciante/demandante. Es relevante también considerar mecanismos que contemplen

y faciliten las acciones colectivas e introduzcan incentivos para que las partes más fuertes de la relación comercial de que se trate intenten llegar a resoluciones pre o extrajudiciales.

Otro factor relevante que debe considerarse, independientemente del tipo de normativa adoptada para hacer frente a las PIC, es la necesidad de mecanismos efectivos de **enforcement o cumplimiento**. Es probable que dejar en manos de los tribunales ordinarios el cumplimiento de los PIC sea ineficaz<sup>84</sup>. En Europa, los únicos países que han logrado alcanzar niveles significativos de litigio<sup>85</sup> y, aparentemente, encontrado una forma de solucionar el “factor miedo” son aquellos que cuentan con una agencia administrativa poderosa y ágil, con facultades para iniciar investigaciones *ex officio*, proteger activamente la confidencialidad de las denuncias y ejercer de manera creíble su poder para imponer sanciones y mediar entre las partes involucradas. También puede ser conveniente establecer presunciones en favor de la parte más débil de la relación comercial de manera de alterar la carga de la prueba en su beneficio.

Por su parte, las especificidades del sector también son importantes y debiesen tenerse en cuenta en caso de considerar la introducción de normativa sobre PIC. La evidencia internacional indica que **las PIC varían entre sectores e incluso dentro de un mismo sector** en función de la estructura y la longitud de las cadenas de suministro. En consecuencia, diferentes estrategias podrían ser necesarias en función del sector en cuestión, el grado de concentración del mercado y la internacionalización de dichas cadenas.

A pesar de que en ciertas circunstancias el tamaño de las empresas podría justificar una distinción en la protección legal otorgada, la característica más importante es la **identificación del origen de las PIC y su relación con las prácticas de mercado en el sector**

---

<sup>84</sup>En la mayoría de las legislaciones europeas existe un nivel muy bajo de litigios de PIC.

<sup>85</sup>El ejemplo francés ha sido seguido por otros países con sus propias particularidades, por ejemplo, el UK Grocery Code Adjudicator parece estar trayendo importantes beneficios en términos del ambiente de negocios y la posibilidad para pequeños proveedores de participar en diálogos sobre prácticas que potencialmente podrían violar el Código. Esto, a su vez, parece estar ejerciendo un efecto disciplinador sobre los minoristas.

**específico.** El contexto de mercado es importante, pues una práctica puede considerarse desleal en un mercado y justa en otro, en función de la estructura del mismo, el grado de concentración y la competencia en las diferentes capas de la cadena de suministro.

Existe una tendencia creciente de la **regulación privada** y, de manera limitada, de regulación de prácticas distintivas de acuerdo al tamaño de las empresas involucradas, en especial otorgándose protección a microempresas

## VII. PROPUESTAS PARA EL ESTUDIO DE UN EVENTUAL CAMBIO NORMATIVO

Tras el análisis de las políticas de otras jurisdicciones para tratar las PIC que pudiesen ser trasplantadas al contexto chileno de los sectores agrícola y forestal y sin perjuicio de que esto se deba desarrollar aun con mayor profundidad, hemos identificado preliminarmente una serie de medidas cuya introducción en nuestro ordenamiento podría ser estudiada. Así, teniendo en vista la normativa nacional vigente, preliminarmente se propone el estudio de las siguientes alternativas institucionales para abordar el problema de las PIC, ordenadas de menos a más recomendables:

- **Cambios a la legislación de competencia en orden a introducir ilícitos como el abuso de dependencia económica y el abuso de poder significativo de mercado, y a nuevas facultades al TDLC**

Una opción sería modificar la institucionalidad de defensa de la competencia para extender la competencia de la FNE y del TDLC introduciendo normas que sancionen conductas abusivas en casos en que la dominancia no está presente. Lo anterior por medio de conceptos como el de abuso de Poder Significativo de Mercado -PSM- o el de abuso de Dependencia Económica en las relaciones B2B, siguiendo el ejemplo de Alemania y de otros estados miembros de la UE. Esto permitiría que las autoridades de competencia pudieran tratar a un comprador que abusa de su posición de negociación superior frente a proveedores y productores económicamente dependientes de él, de la misma forma como a un actor dominante en el mercado que abusa de su posición.

Esta es la alternativa más compleja y menos recomendable. Es muy difícil que la actual legislación pueda ser modificada para introducir nuevos ilícitos y conceptos, como el abuso de dependencia económica y abuso de poder significativo de mercado y, además, las correspondientes nuevas facultades del TDLC y la FNE para enfrentar problemas que, en estricto rigor, están fuera del ámbito tradicional del derecho de competencia.

Introducir estas modificaciones significaría variar los principios generales que informan la legislación respectiva en lo relacionado con el bien jurídico protegido por ella, pudiendo, en consecuencia, introducir problemas de consistencia jurídica e interpretación de las normas que componen la misma. Además, implica cambiar el foco de las agencias de competencia chilenas y, potencialmente, recargarlas de excesivo trabajo, cuestión esta última que demandaría la asignación de mayores recursos para estas instituciones. Cabe hacer presente que las modificaciones proyectadas por este Gobierno al DL 211 han sido objeto de largas y profundas discusiones y tienen por finalidad mejorar y fortalecer las facultades de las agencias para que cumplan de mejor forma el rol que se les ha encomendado actualmente (ej. notificación obligatoria de algunas operaciones de concentración, aumento de las sanciones, criminalización de la colusión y rebaja de las exigencias del tipo infraccional respectivo etc.). Expandir sus atribuciones a ámbitos que hoy les son ajenos podría ser contradictorio con los objetivos que se persiguen con las mejoras legislativas en cuestión.

En definitiva, podría ser demasiado costoso para el sistema de defensa de la competencia chileno encargarles hacer cumplir una legislación nueva que regule las PIC.

*El concepto de **Poder o Peso Significativo de Mercado -PSM-**, de manera similar a la dominancia, evalúa la habilidad de una empresa de influenciar la competencia en un mercado particular. Es un concepto desarrollado y definido en el contexto de mercados regulados, donde se considera "que una empresa tiene peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores"<sup>86</sup>. Ésta es la definición que la*

---

<sup>86</sup>Artículo 14, DIRECTIVA 2002/21/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), disponible en <https://www.boe.es/doue/2002/108/L00033-00050.pdf>

*jurisprudencia del Tribunal de Justicia atribuye al concepto de posición dominante del artículo 102 del TFEU.*

*En algunas legislaciones europeas se ha introducido el concepto de PSM como un poder de mercado inferior a la dominancia (ej. Hungría) para enfrentar las PIC.*

- **Introducción de normativa específica, pero transversal, sobre PIC en el Código de Comercio**

Una segunda opción a estudiar es la de modificar el código de comercio actual con normas particulares que prohíban las PIC, siguiendo el ejemplo francés, donde disposiciones específicas que abordan PIC en relaciones entre empresas (B2B) son definidas en la normativa sobre contratos comerciales. En la legislación gala es la Autoridad de Competencia quien tiene la tarea de hacer cumplir estas disposiciones en los casos en que la conducta afecta la competencia (incluyendo, por ejemplo, la obligación de estandarizar los contratos de los proveedores, la prescripción de condiciones uniformes para los proveedores, condiciones estándares de entrega y pago, etc.)

Implementar esta alternativa en Chile también presenta complejidades significativas derivadas del hecho de que el Código de Comercio es un cuerpo legal que constituye una de las piedras angulares del derecho privado. Así, no parece jurídicamente consistente introducir tipos infraccionales en este cuerpo normativo que puedan alterar su lógica interna y dificulten la interpretación sistemática de sus normas.

Por otra parte, esta alternativa tampoco parece idónea pues las controversias que pudieran surgir serían conocidas naturalmente por los tribunales civiles, cuyos litigios toman años en resolverse.

- **Introducir nuevas figuras en la Ley de Competencia Desleal**

Una tercera alternativa -que podría ser menos compleja de implementar que las anteriores- consiste en introducir nuevas figuras en la Ley de Competencia Desleal como

el abuso de dependencia económica y el abuso de poder significativo de mercado. Como ya señaláramos *supra*, en principio, esta ley sanciona actos de desviación de clientela, esto es, aquellas conductas que tienen como finalidad atraer clientes de otros competidores por medios ilícitos, ya sea mediante engaño, imitación, confusión u otra conducta reñida con la buena fe mercantil. Lo anterior circunscribiría las conductas proscritas a aquellas de carácter horizontal, excluyendo las que pueden ocurrir en relaciones verticales entre empresas que no compiten entre sí. Sin embargo, esta ley fue recientemente modificada, incorporando sanciones a dos tipos de conductas que grandes empresas pueden realizar frente a sus proveedores (pequeñas o medianas empresas), cuestión que difiere del resguardo de la competencia leal dentro del mercado y que, de hecho, se relacionan estrechamente con las PIC, en el sentido de que comparten una naturaleza semejante. Una de las desventajas de esta opción sería, al igual que la anterior, el hecho de que las controversias que pudieran surgir serían conocidas por los Tribunales civiles, cuyos procedimientos son muy largos y costosos.

- **Introducción de normativa sectorial específica que contemple medios alternativos de solución de controversias**

Esta opción parece ser una de las más idóneas y menos complejas. Se podría explorar la posibilidad de introducir modificaciones en la Ley Núm. 20.656 que regula las transacciones comerciales de productos agropecuarios, incorporando conceptos relevantes como dependencia económica, poder superior de negociación, umbrales sobre los cuales los procesadores pasan a ser sujeto de determinadas obligaciones, etc. Además, podrían tipificarse conductas ilícitas y consignarse las correspondientes sanciones. Asimismo, podrían establecerse paneles de expertos agrícolas y forestales o comisiones paritarias, destinados a dirimir las controversias y que sean financiados por las mismas empresas procesadoras (algo análogo a, por ejemplo, el panel de expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos).

- **Fomentar la adopción de códigos de conducta destinados a hacer frente a los desequilibrios en la cadena de suministro**

Esta medida puede ser menos compleja que las anteriores pues, en principio, no requeriría de modificaciones legislativas y puede adoptarse de manera complementaria a otras de las expuestas precedentemente. Sin embargo el cumplimiento de códigos de conducta voluntarios puede ser difícil de concretar eficazmente pues, por definición, la autorregulación de los agentes económicos genera en ellos conflictos de intereses difíciles de solucionar. Al respecto, se podría explorar la adopción de un modelo híbrido, como en el caso del Reino Unido –*el Grocery Supply Code of Practice y el Grocery Code Adjudicator Act*- que implicaría la supervisión y *enforcement* público de la regulación privada.

*En algunos países está surgiendo un nuevo enfoque, que implica la supervisión y enforcement público de regulación privada. Un ejemplo de esta tendencia es el Reino Unido, donde el Grocery Code Adjudicator Act del año 2013, establece formalmente el rol del Grocery Code Adjudicator - o Conciliador. El Conciliador supervisa la aplicación y el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas en la Provisión de Comestibles (Grocery Supply Code of Practice - GSCOP), que entró en vigor en febrero de 2010 y que impone obligaciones legalmente vinculantes sobre los diez principales supermercados del Reino Unido - aquellos con una facturación anual de £1.000 millones (minoristas designados). En Francia, la CEPC recientemente emitió una recomendación para establecer un código de buenas prácticas en el sector minorista, incluyendo principios fundamentales, como el acceso equitativo a la información, el respeto a la propiedad intelectual y la innovación, y reglas relativas a la forma de los contratos. En España, la Ley Numero 12 de 2 de agosto 2013 establece la creación de un Observatorio en el sector Alimentario<sup>87</sup>, que a su vez se encarga de la elaboración de un Código de Buenas Prácticas.<sup>88</sup>*

---

<sup>87</sup>Ver: d) Tratamiento de las Prácticas Injustas de Comercio (PIC) a nivel nacional en los estados miembros de la unión Europea, 6) España

<sup>88</sup>Ver pie de página Número 1