

MERCADOS, PODER DE NEGOCIACIÓN Y PRÁCTICAS COMERCIALES



La Oficina de Estudios y Políticas Agrarias, Odepa, tiene como propósito generar y proporcionar información para apoyar la toma de decisiones de los agentes públicos y privados, contribuyendo al desarrollo sostenible, equitativo y competitivo del sector silvoagropecuario chileno, dando cumplimiento a la política gubernamental del país. En ese contexto, y bajo el marco del programa de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, Odepa amplió sus capacidades de análisis de las condiciones de competencia en los mercados agroalimentarios y forestales, considerando las características de las cadenas de producción y comercialización, de los agentes participantes y de las prácticas que éstos realizan en los distintos eslabones o niveles de las cadenas comerciales.

El programa de gobierno señalado incorpora una sección especial dedicada a las medidas directas sobre la libre competencia⁽¹⁾ y, además, incluye de manera transversal un conjunto amplio de acciones específicas que se refieren a esta materia. En lo que respecta directamente a Odepa, en el ámbito de la agricultura el programa

Texto elaborado
por **Claudio
Fariás P.** y
**Álvaro Espinoza
H.**, Profesionales
de ODEPA.

(1) Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, octubre de 2013, página 65.

establecía lo siguiente:

“Formaremos en la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (ODEPA) un equipo de desarrollo de institucionalidad, regulación y normas de libre competencia que permita revisar las normativas de comercio de tal manera de impedir la operación de formas de comercio en la agroindustria o en el sector forestal que atentan contra los consumidores o los productores.”

En materias específicas sobre la libre competencia el programa de gobierno incluía iniciativas de índole legislativa referidas a los derechos de los consumidores y a un mejoramiento sustantivo de la legislación e institucionalidad de defensa de la competencia que ya se encuentra vigente a través de la modificación del D.L. N° 211.

Dentro de este contexto, la participación de Odepa en las materias de libre competencia se contextualizaba como una mirada especializada hacia lo que ocurre en los mercados y en las relaciones comerciales de las cadenas agroindustriales y del sector forestal, considerando sus características especiales, típicamente de alta concentración de compradores y atomización de la producción proveedora, y cómo los comportamientos o conductas que podrían ser considerados injustos, inequitativos o abusivos se encontraban recogidos o podían ser abordados con la institucionalidad y legislación vigente.

En el desenvolvimiento de la agricultura, y específicamente en las actividades de comercialización, es evidente la percepción que se tiene, principalmente de parte de los agricultores, con respecto a la existencia de conductas o prácticas,

especialmente en la compraventa, que irían en desmedro de los productores y que serían ejercidas por los poderes compradores. El análisis de tales situaciones ha llevado a la conclusión de que algunas de tales conductas son naturales al mercado y otras, que podrían ser catalogadas de indeseadas, no estarían adecuadamente cubiertas en la legislación nacional. De otro modo, no existirían en la actualidad mecanismos de protección o defensa contra aquellas prácticas consideradas indeseadas por corresponder a un tipo de conductas que no se encuentran en el alcance o bajo las condiciones que se establecen en la normativa asociada a la libre competencia o en la de competencia desleal.

En el caso específico de la legislación de defensa de la libre competencia, un requisito básico para que una conducta abusiva constituya un ilícito es que quien la efectúa tenga poder de mercado en el mercado relevante pertinente, lo que significa que una empresa -o el conjunto de ellas que se coordinen- pueda actuar con independencia de las acciones de las empresas competidoras. En términos económicos el poder de mercado se define como la capacidad de una empresa para elevar los precios de manera rentable por sobre su nivel competitivo, o bajarlos en el caso de monopsonio u oligopsonio⁽²⁾. Esta condición es más probable de ostentar u obtener en mercados altamente concentrados, como son los que habitualmente se encuentran en las cadenas de los productos agropecuarios y forestales. No obstante, que una empresa exhiba poder de mercado no constituye un ilícito en sí mismo y su existencia puede ser consecuencia del tamaño y características propias del mercado de que se trate, o incluso puede ser resultado de una alta competen-

cia en el mercado.

Situaciones específicas que se encontrarían fuera de este marco regulatorio son aquellas que presentan desequilibrio o desbalance en la capacidad de negociación entre productores y compradores, en donde la parte más fuerte, en ausencia de poder de mercado, podría utilizar este desbalance en detrimento de los productores o de la parte más débil de la relación comercial. Cuando una conducta considerada abusiva o injusta se ejerce sobre la base del desbalance en el poder de negociación y sin la existencia de poder de mercado significa, en los hechos, que no le es aplicable la legislación de defensa de la libre competencia, por no existir una posición dominante en el mercado relevante.

En el contexto internacional existen variadas iniciativas que han abordado formas de enfrentar las prácticas indeseadas en los mercados que son producto de la diferencia en el poder de negociación de las partes de una relación comercial, la mayoría de las cuales se encuentran en países de la Unión Europea.

Destacable es la iniciativa de la Comisión Europea que formó un foro de alto nivel para “Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa”⁽³⁾. En el marco de este foro, la Comisión Europea ha reconocido que existen dificultades en las relaciones comerciales a causa de prácticas injustas o desleales, y que esas prácticas aparecen como más comunes en las cadenas alimentarias.

Al mismo tiempo, la Comisión Europea ha reconocido “la necesidad de trazar una distinción clara entre las preocupaciones que tienen que ver con las prácticas comerciales potencialmente desleales, que

guardan relación con los desequilibrios en el poder de negociación de las partes contratantes, y las relativas a las prácticas contrarias a la competencia”⁽⁴⁾. Este reconocimiento expresado por la Comisión Europea marca un hito importante en esta materia, al separar de manera explícita la existencia de prácticas efectuadas por empresas que detentan un poder de negociación significativo que, pudiendo no ser ilícitos anticompetitivos según la legislación vigente, podrían potencialmente y de manera desbalanceada favorecer sus intereses en perjuicio de sus contrapartes más débiles.

Considerando esta tendencia internacional y la relevancia que ha adquirido esta temática en el Chile actual, en este trabajo se hace una presentación de antecedentes principales sobre las prácticas comerciales, la legislación nacional, la experiencia internacional conocida y los elementos que deberían ser parte de una política nacional para abordar las prácticas injustas de comercio en las cadenas de los productos agropecuarios y forestales.

COMPETENCIA, PODER DE NEGOCIACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS

Cada vez que se observa, percibe o denuncia la presencia de conductas indeseadas en un mercado por parte de alguna empresa de gran tamaño, es recurrente el juicio —o prejuicio— de considerar que tales conductas se corresponden con atentados contra la libre competencia, como son el abuso de posición dominan-

(2) Motta (2004), página 40.

(3) COM(2009) 591 final, octubre de 2009 (disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0591>).

(4) COM(2009) 591 final, op. cit.

te y la colusión, por ejemplo. Sin embargo, una conducta que se perciba de esta manera puede ser solamente indeseada por quien o quienes se sienten afectados, siendo posible que sea respuesta a las propias condiciones competitivas del mercado o a las exigencias que impone el consumidor final o que provienen de quienes son sus abastecedores minoristas cotidianos, nacionales o extranjeros.

Lo que habitualmente ocurre es que muchas veces se confunden comportamientos que pueden tener una razonable justificación económica con conductas anticompetitivas, y es por eso que existen en la mayoría de los países normativas e institucionalidad especializada que aborda estos asuntos, lo cual se hace a través de mecanismos que permiten la investigación para probar los efectos de esas conductas sobre la libre competencia y que otorgan a los afectados la posibilidad de denuncia y prueba de los hechos, así como la legítima defensa de quienes son acusados.

El estudio de las condiciones de competencia en los mercados, desde la perspectiva del derecho y economía de la competencia, requiere de un conjunto de información y definiciones que proporcionan una mirada diferente y especializada sobre el mercado y los agentes que en él participan. Esta perspectiva se forma sobre la base de la legislación y jurisprudencia referida a las materias de la competencia y las conductas de las empresas, considerando el propósito de combatir aquellas prácticas o situaciones anticompetitivas que atentan contra la eficiencia económica en los mercados y, principalmente, contra el bienestar de la sociedad, entendido comúnmente -pero no exclusivamente- como el del consumidor.

Particularidades de este análisis son, por un lado, el hecho de que en el enfoque

prima la evaluación de los resultados para los consumidores (o la sociedad) por sobre lo que ocurre con otros agentes del mercado como los productores y, por otro, que la evaluación se realiza con el alcance de un mercado específico -el mercado de referencia- sin considerar muchas veces una vista más amplia a la cadena de valor en que se encuentra.

También es importante considerar que en la legislación chilena para que se determine o constituya una conducta anticompetitiva, debe darse copulativamente que exista un nivel de concentración que otorgue poder de mercado a una empresa o grupo de ellas y que esa condición sea ejercida en desmedro del bienestar de consumidores por encima de cualquier beneficio que se obtenga en la eficiencia económica.

Lo anterior significa, en los hechos, que no es suficiente que exista poder de mercado para que se constituya una violación a la legislación, es decir, que esta concentración o poder de mercado sea per se una ilegalidad o conducta anticompetitiva, sino que además debe demostrarse que es ejercida en perjuicio de sus competidores, contrapartes y/o consumidores en el mercado.

A las consideraciones señaladas se añade la dinámica que se está observando en los circuitos comerciales a nivel mundial, caracterizada por la globalización de los negocios, la mayor especialización de las empresas y el desarrollo de redes de gobernabilidad en las cadenas de valor, en contraposición a los que eran más característicos en décadas pasadas, como, por ejemplo, en los mercados con agentes cautivos.

Estos cambios en los circuitos comerciales están siendo reflejados en diversas formas de organización empresarial que paulatinamente han ido alterando

las relaciones de poder al interior de las cadenas de valor. Uno de los cambios más notables en este ámbito es el aumento considerable del tamaño de las empresas de distribución final –como son, por ejemplo, los supermercados– y el poder de mercado incluso transnacional que han adquirido. En el caso de los supermercados, por ejemplo, en las últimas décadas han pasado de ser la contraparte débil del último eslabón de las cadenas comerciales, a constituirse en algunos casos en un poder de mercado que define las condiciones de los productos y las reglas para las transacciones con sus proveedores.

El aumento observado en los niveles de concentración de las empresas y los cambios en la gobernanza de las cadenas comerciales no es intrínsecamente perverso como podría pensarse a primera vista y, de hecho, contrariamente podría ser una fuente de mayor eficiencia en los mercados que favorezca a los consumidores con menores precios y mayor variedad de productos a su disposición. En efecto, en el ejemplo de los supermercados, estas empresas son la que se encuentran con mayor cercanía al consumidor y son las que, al menos en teoría, recibirían o percibirían con mayor intensidad las tendencias de gustos y preferencias de sus clientes, las cuales al ser comunicadas a sus proveedores constituirían señales para el desarrollo de los productos.

Gereffi *et al.* (2005), elaboran un marco teórico de las actuales cadenas de valor y sostienen que es posible identificar varios modelos distintos de gobernabilidad inter-empresarial, que van desde el mercado, caracterizado por relaciones equitativas entre las partes (muchos oferentes y demandantes), hasta el jerárquico, que se caracteriza por el dominio

directo de los procesos productivos de una cadena de valor (integración vertical). Dentro de estos modelos aparecen diversas formas de relación y vínculos entre empresas que son lideradas por una o algunas de ellas, incluyendo, por ejemplo, los proveedores o consumidores cautivos y los proveedores de productos intermedios que son insumos de una empresa líder. Estos tipos de relaciones pueden coexistir dentro de una misma cadena y, con excepción de la que corresponde al tipo de mercado propiamente tal, en todas las demás formas de organización la influencia de la o las empresas líderes con bastante frecuencia se extiende aguas arriba y aguas abajo en las cadenas de valor, según sea el nivel en donde concentran su poder en el mercado.

En la práctica, a medida que la organización empresarial se desplaza desde una de mercado hacia una de mayor integración vertical, aumentan los grados de coordinación entre los participantes del mercado y paralelamente se incrementa la asimetría del poder en favor de los más fuertes.

En el caso particular de las cadenas agroalimentarias y forestales, estas son representativas de mercados con importantes niveles de integración vertical, con empresas líderes y con niveles de concentración significativos. Con estas condiciones, el desempeño actual de sus mercados sigue siendo percibido por una buena parte de sus participantes como asimétricos en el poder de negociación entre productores y compradores, lo que se reflejaría en prácticas comerciales anticompetitivas o desleales en perjuicio de la contraparte más débil de la relación comercial o contractual.

Una aproximación al nivel de concentración que se encuentra en las cadenas

del sector silvoagropecuario se puede extraer de los resultados de la Encuesta Nacional Industrial Anual (ENIA, 2013). Con los datos disponibles se calculó el nivel de concentración de una selección de subsectores mediante el indicador que mide el porcentaje de participación de las 4 y 10 empresas de mayor tamaño según las ventas netas de productos

fabricados, información que se presenta en la tabla 14.1.

La información muestra que las cadenas del sector silvoagropecuario chileno son variadas en número de empresas pero que, sin embargo, pocas de ellas concentran la mayor actividad comercial.

En este punto es importante destacar que, como ya fuera señalado, las potenciales prácticas indeseadas podrían originarse en el abuso de una posición dominante o, en ausencia de poder de mercado, en el abuso del poder de negociación de una empresa de mayor tamaño. Es decir, no todos los abusos corresponden a prácticas anticompetitivas que afectan a todo el mercado, sino que además existen conductas que son ejercidas en una escala menor: en la relación comercial bilateral entre empresas o agentes del mercado; y en las cuales el poder de negociación que detenta la parte más fuerte es utilizado en su propio beneficio.

En términos generales se puede definir práctica injusta de comercio como toda conducta en que una de las partes de una transacción mayorista -agropecuaria o forestal en nuestro caso- abusa del desequilibrio en el poder de negociación que existe a su favor; para efectos de obtener ventajas comerciales respecto de la otra parte. Esta situación normalmente puede darse cuando una de las partes es micro o pyme y la otra no, y cuando el volumen de negocios de la parte más débil depende sustantivamente de un cliente principal o de la parte más fuerte de la relación comercial.

Ejemplos chilenos de las prácticas señaladas son la que se recogieron en la tercera versión de la Encuesta Longitudinal de Empresas (ELE3, 2013), que incluyó preguntas específicas sobre ciertas prácticas en las relaciones comerciales. Según los

Tabla 14.1 Nivel de concentración de empresas industriales por subsectores de cadenas silvoagropecuarias (número de empresas y porcentaje de las ventas de productos fabricados netas).

SUBSECTOR	N° EMPRESAS	C10	C4
Carne	72	76,1	46,8
Frutas, legumbres y hortalizas	36	70,5	43,7
Aceites y grasas	3	100,0	100,0
Lácteos	29	83,7	43,4
Productos de la molinería	51	60,5	34,0
Piensos preparados	12	99,5	75,4
Vinos	70	62,3	36,8
Cerveza	4	100,0	100,0
Curtido, adobo de cueros y pieles	6	100,0	92,7
Chapas y tableros	13	99,8	83,1
Recipientes de madera	14	94,8	74,0

Fuente: elaboración propia con datos de ENIA 2013.

Tabla 14.2 Frecuencia de prácticas en empresas que tienen un cliente principal (porcentaje que responde siempre y muchas veces)

TIPO DE PRÁCTICA	TOTAL SECTORES ECONÓMICOS	AGRICULTURA, GANADERÍA, CAZA Y SILVICULTURA
Descuentos arbitrarios	7,0	14,7
Atraso en las fechas de pago pactadas	17,6	12,2
Impedimentos para realizar factoring	8,3	2,7
Acuerdos solo verbales	29,9	30,6
Cambios en las condiciones pactadas *	8,1	6,8

Fuente: elaboración propia a partir de los datos ELE3.

*Considera condiciones relativas al producto, logística, reposición de productos y garantías.

resultados de esta investigación, en Chile el 35,9% de las empresas declara tener un cliente principal que representa más del 25% de sus ventas, guarismo que se incrementa a un 54,6% para el caso de las empresas del sector Agricultura, Ganadería, Caza y Silvicultura. Este alto porcentaje es indicativo de que para una buena parte de las empresas silvoagropecuarias su negocio depende significativamente de un solo cliente o, lo que sería lo mismo, existiría dependencia económica.

De acuerdo a las cifras de esta encuesta, se ha evidenciado que un 41,5% de las empresas que tienen un cliente principal han sido objeto de alguna práctica indeseada. En la tabla 14.2 se presentan los resultados por tipo de práctica.

De los resultados expuestos destaca como práctica más recurrente la ausencia de contratos escritos y que en el caso de la agricultura aparece con mayor frecuencia en la pequeña empresa. También es importante mencionar para la agricultura los descuentos arbitrarios y los atrasos en los pagos.

A este respecto se debe considerar que los resultados provienen de una investigación que por primera vez aborda en forma sistemática la existencia de prácticas indeseadas en las relaciones comerciales entre empresas, lo cual es un avance para la transparencia, sin embargo, puede ser aún insuficiente tanto en el tipo de prácticas identificadas (que fueron seleccionadas por los investigadores) y en la confianza de los encuestados en responder verazmente a preguntas que son sensibles para su negocio, dada la condición de dependencia que reflejaría la existencia de un cliente principal de esa magnitud.

Finalmente, se debe resaltar que es po-

sible diferenciar dos tipos de conductas indeseadas en los mercados de las cadenas silvoagropecuarias: aquellas que son contrarias a la libre competencia, como el abuso de posición dominante y la colusión; y aquellas que constituyen prácticas injustas en las relaciones comerciales, cuando una parte ejerce su mayor poder de negociación en su propio beneficio.

Algunos ejemplos de prácticas injustas de comercio o situaciones que las favorecen son las que se presentan en el listado que sigue, las cuales fueron recogidas en entrevistas a varios actores del ámbito agropecuario⁽⁵⁾:

- falta de escrituración de contratos, corroborando esta práctica de realizar solo acuerdos verbales y espontáneos que además traen consigo las problemáticas que acompañan a las relaciones informales;
- relación de dependencia del comprador; puesto que los productores, en su mayoría, carecen de recursos financieros y logísticos que les permitan almacenar sus productos y acceder a canales de venta mayorista en forma directa;
- perecibilidad del producto, que impone una significativa presión sobre el productor quien buscará vender lo antes posible lo que no siempre favorece la obtención de mejores precios y/o condiciones de venta;
- modificación unilateral de condiciones acordadas, que se producirían al momento de cosechar los productos vendidos, cambiando en perjuicio del productor quien se puede ver forzado a aceptar los nuevos términos, a riesgo de perder toda la producción ya comprometida dada la dificultad de

(5) Entrevistas gestionadas a petición de Odepa por el abogado Javier Veloza, quien contó con la colaboración del abogado Pablo Pardo.

colocar los productos en otros canales de venta;

- traspaso injustificado de riesgos, como el que se presenta cuando los compradores de productos agropecuarios ofrecen un precio de compra bajo, a fin de cubrir los eventuales riesgos que tendrá la posterior comercialización de estos en los mercados finales, como por ejemplo supermercados;
- incumplimientos contractuales, como el pago de un precio diferente al acordado o no cumpliendo con los plazos pago;
- asimetrías de información, que ocurren cuando los compradores, por lo general empresas de mayor tamaño, con personal especializado y con mejor preparación, sacan provecho de esta realidad e imponen, en ocasiones, condiciones que son desventajosas para los productores,
- ausencia de mecanismos efectivos de solución de controversias, aunque se reconoce que los tribunales civiles son una vía posible, hay escepticismo respecto de la eficacia y eficiencia de la jurisdicción civil, ocurriendo algo similar con las cláusulas de arbitraje, pues normalmente implican que los afectados deban trasladarse a Santiago.

Cualesquiera sean las prácticas injustas o las causas que son facilitadoras de que ellas ocurran, el hecho es que existen y son preocupación de los participantes del mercado que se sienten perjudicados por su existencia, como es esperable. No obstante ello, el ejercicio de prácticas injustas también afecta la eficiencia y el buen funcionamiento de los mercados en las cadenas de valor, desincentivando los acuerdos y el buen trato que se requiere para establecer relaciones de largo plazo mediante las cuales los compradores pue-

dan asegurar el requerido abastecimiento para su industria y los proveedores puedan proyectar su actividad e inversiones para participar de ese abastecimiento en forma regular y rentable.

Los compradores requieren y requerirán de la provisión de materias primas o productos de origen silvoagropecuario y los productores, por su parte, también requieren de compradores que demanden su producción o de canales a través de los cuales esa producción pueda ser comercializada. En definitiva, es un proceso que continuará funcionando para el objetivo de suministrar los productos al consumidor final y su evolución debe ir asociada con una armonía en donde todos los participantes sean tratados en forma equilibrada, de manera de que las relaciones comerciales tiendan a ser sostenibles en el tiempo y contribuyan a un mismo esfuerzo de conseguir cada vez mayor competitividad en las exigentes condiciones de los mercados actuales.

LEGISLACIÓN Y NORMATIVA NACIONAL SOBRE MERCADOS Y COMPETENCIA

En la legislación chilena no existen normativa particular que aborde las prácticas injustas de comercio en relaciones comerciales verticales, específicamente las que pueden ocurrir en las cadenas de suministro como las de los sectores agropecuario y forestal, las cuales, por tratarse de relaciones entre individuos y/o empresas, se rigen básicamente por el derecho civil relativo a la contratación (Opazo, 2015). Al contrario, en las materias de libre competencia y competencia desleal existe legislación específica que

las regula. Adicionalmente, en el ámbito de la agricultura se encuentra normativa especial destinada a regular las transacciones de productos agropecuarias, mediante reglamentos que actualmente rigen para el trigo, el maíz y la uva destinada a la producción de vinos, y la ley que establece el registro voluntario de contratos.

En la presente sección se hace una breve presentación de la normativa específica sobre materias de competencia y prácticas comerciales que actualmente están vigentes.

Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia⁽⁶⁾

El Decreto Ley N° 211 tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados, y establece en el artículo 3 que:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.”

En el mismo artículo se definen de modo no exhaustivo los hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, incluyendo los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Asimismo, se establece la organización, funciones, atribuciones y procedimientos del Tribunal de la Libre Competencia (TDLC), y lo que corresponde a la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

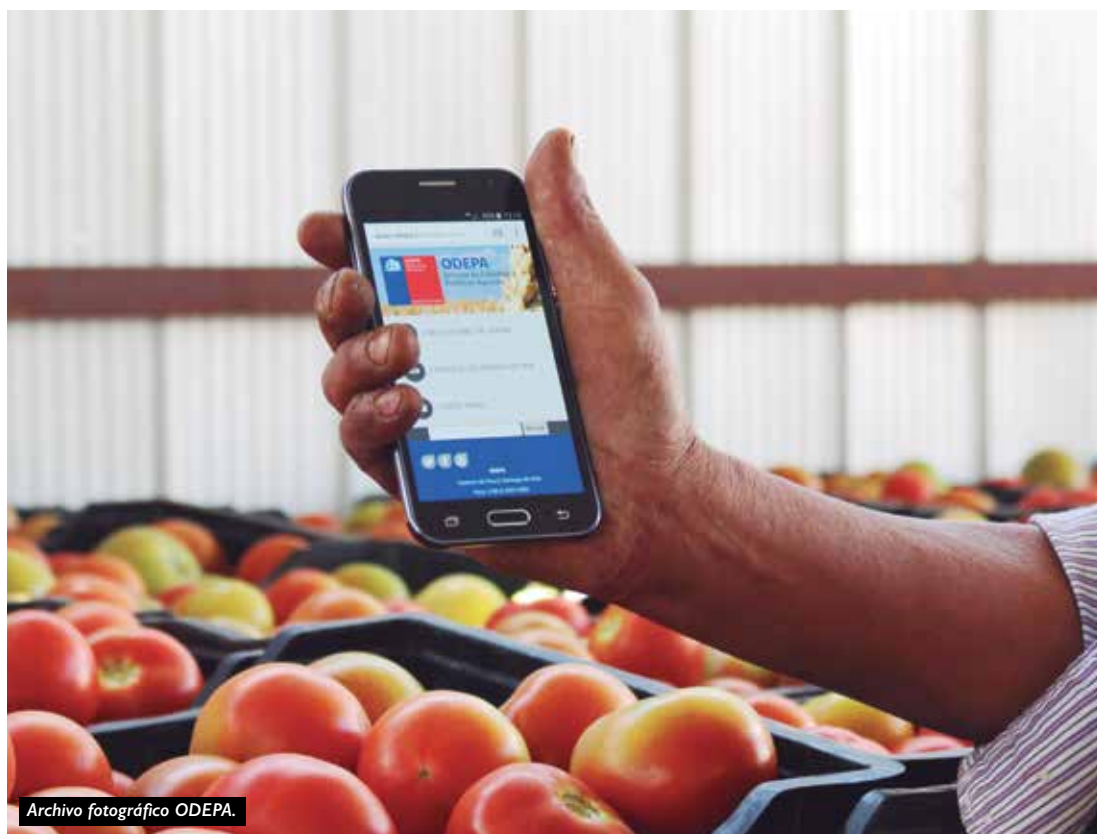
En el caso de la Fiscalía Nacional Económica, al fiscal se le confieren atribuciones, entre otras, para:

- instruir las investigaciones y actuar como parte ante el TLDC y los tribunales de justicia, así como ante la Corte Suprema;
- requerir del TDLC el ejercicio de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de investigaciones en curso;
- velar por el cumplimiento de los fa-

(6) DFL N° 1, de 2005, Ministerio de Economía. Esta norma fue recientemente modificada mediante la Ley N° 20.945 de agosto de 2016 (disponible en: <http://bcn.cl/1njkb>).

llos, decisiones, dictámenes e instrucciones del TDLC o de los tribunales de justicia;

- emitir los informes que el TLDC solicite en las causas en que la FNE no es parte;
- solicitar colaboraciones de funcionarios, organismos y servicios públicos, entre otros, así como requerir de las entidades anteriores que pongan a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas en curso;
- solicitar a particulares información y antecedentes con motivo de las investigaciones en curso, llamar a declarar o pedir por escrito las declaraciones;
- requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos;
- para casos de colusión, entrar a recintos públicos y privados, registrar e incautar, autorizar la interceptación de comunicaciones, obtener copias de registros de comunicaciones, todo lo anterior a través de las instituciones policiales, con la autorización de la Corte de Apelaciones y previa aprobación del TDLC;
- suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados.



- realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, utilizando facultades conferidas en la misma ley, y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos;
- proponer fundadamente al Presidente de la República la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas, y
- interponer querrela criminal por los delitos que se establecen en la misma ley.

Como parte de sus funciones, la FNE ha publicado documentos y guías sobre diferentes aspectos de la competencia, los cuales son orientadores respecto de las materias de la libre competencia, del alcance de la legislación y el ámbito de esta institución⁽⁷⁾.

Por su parte, el TDLC, que tiene por función prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, es independiente y sujeto a la Corte Suprema. Al TDLC se le definen las siguientes atribuciones y deberes:

- conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley;
- conocer, a solicitud de quien sean parte o tengan interés legítimo, en los hechos, actos o contratos existen-

tes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere la misma ley, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;

- dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella, y
- proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

Es importante notar que esta legislación establece que “La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia”. Las medidas que puede adoptar el tribunal son a) modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a la ley, b) ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido, y c) aplicar multas a bene-

(7) Documentos disponibles en el sitio web de la FNE: <http://www.fne.gob.cl/promocion-de-la-libre-competencia/herramientas-de-promocion/>

ficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales.

Las sentencias definitivas por el TDLC son susceptibles de reclamación ante la Corte Suprema.

El derecho de la competencia que se ha descrito aparece como un instrumento muy limitado para enfrentar las prácticas injustas de comercio, sin perjuicio de que las normas sobre conductas unilaterales -que tratan el abuso de posición dominante- podrían eventualmente utilizarse en determinados casos. En la realidad, la mayoría de las prácticas injustas de comercio no son sancionables mediante la aplicación de estas normas, por cuanto éstas requieren, para que se configuren las hipótesis que se prohíben y sancionan, que quien las comete ostente una posición dominante en el mercado relevante respectivo y efectos en el mismo, en especial sobre el bienestar de los consumidores.

Ley N° 20.169, de 2007, que regula la competencia desleal⁽⁸⁾

Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal. En esta ley se define que:

“es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”.

Es importante notar que esta ley define que podrán ser calificadas como actos de competencia desleal las conductas que correspondan a una o más de las siguientes acciones:

- a) Las reguladas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.
- b) Las reguladas en la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.
- c) Las reguladas en la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, o en la Ley N° 19.039, sobre propiedad industrial.

No obstante, esta ley también define de manera no taxativa los actos de competencia desleal siguientes:

- a) Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero.
- b) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componen-

(8) Ley N° 20.169, 2010 (disponible en: <http://bcn.cl/1m1bb>).

tes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos.

- c) Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva.
- d) Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado.
- e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.
- f) Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor.
- g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado.
- h) La imposición por parte de una empresa a un proveedor, de condiciones de contratación para sí, basadas en aquellas ofrecidas por ese mismo proveedor a empresas competidoras de la primera, para efectos de

obtener mejores condiciones que éstas; o, la imposición a un proveedor de condiciones de contratación con empresas competidoras de la empresa en cuestión, basadas en aquellas ofrecidas a ésta. A modo de ejemplo, se incluirá bajo esta figura la presión verbal o escrita, que ejerza una empresa a un proveedor de menor tamaño cuyos ingresos dependen significativamente de las compras de aquella, para obtener un descuento calculado a partir del precio pactado por ese mismo proveedor con algún competidor de la primera empresa.

- i) El establecimiento de cláusulas contractuales o conductas abusivas en desmedro de los proveedores o incumplimiento sistemático de deberes contractuales contraídos con ellos.

Para las causas de competencia desleal a que se refiere esta ley, son competentes los juzgados de letras en lo civil. Contra la sentencia de estos tribunales proceden todos los recursos que otorga la ley de acuerdo al Código de Procedimiento Civil.

Si la sentencia a firme establece que han existido uno o más actos de competencia desleal, el tribunal que dicta la sentencia debe remitir los antecedentes del juicio al Fiscal Nacional Económico, quien tendrá la facultad de requerir al TDLC la aplicación de la multa a beneficio fiscal correspondiente de conformidad con esta ley, la cual puede fluctuar entre 2 y 1.000 UTM. La FNE puede interponer la acción ante el TDLC dentro de los 2 años siguientes a la recepción de los antecedentes.

No obstante esta legislación no parece idónea para enfrentar las prácticas injustas de comercio, se debe hacer notar

que en los literales h) e i) ya señalados, se establecen como actos de competencia desleal situaciones que no se refieren 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; al referirse a conductas que grandes empresas pueden realizar frente a sus proveedores (pequeñas o medianas empresas) y suponer el quebrantamiento del contrato que vincula a dichas contrapartes.

Ley N° 18.525, de 2005, que establece normas sobre la importación de mercancías al país⁽⁹⁾

La Ley N° 18.525 se complementa con el Decreto de Hacienda N° 1.314 de 2013⁽¹⁰⁾ que aprueba su reglamento. Esta normativa contempla los siguientes casos referidos a la competencia en los mercados:

- a. aplicación de sobretasas arancelarias ad valorem, en caso de que concurren las circunstancias previstas en el Artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y
- b. establecimiento de derechos antidumping y derechos compensatorios para la importación de aquellas mercancías cuyo ingreso al país origine grave daño actual o inminente a la producción nacional al importarse con precios disminuidos a consecuencia de efectos artificiales en sus respectivos mercados.

Para los efectos del procedimiento de su aplicación, la ley incluye la creación de

la Comisión Nacional encargada de investigar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas (CNDP), entidad que tiene las facultades para recomendar que se establezcan las medidas anti distorsiones señaladas, en correspondencia con los resultados de las investigaciones y de manera temporal cuando sea requerido durante una investigación.

Para el caso de las causales conducentes a sobretasas arancelarias, la CNDP puede iniciar las investigaciones a solicitud escrita presentada por la rama de producción afectada o por oficio cuando disponga de los antecedentes que así lo justifiquen.

La aplicación de los gravámenes se formaliza a través de decreto supremo del Ministerio de Hacienda.

En la institucionalidad establecida en esta ley y su reglamento, no se definen recursos judiciales de ninguna especie contra las recomendaciones de la CNDP.

En la práctica, esta legislación no es pertinente o aplicable a las relaciones comerciales en mercados nacionales por cuanto se refiere específicamente a efectos que tienen su causa en acciones o eventos externos al país.

Acuerdos o tratados de libre comercio bi y multilaterales

En los acuerdos y tratados suscritos por Chile, en general, se consigna que deberán contemplarse regulaciones locales para la promoción y defensa de la libre competencia, sin que existan necesariamente acciones específicas dentro del marco de esos acuerdos o tratados.

Como ejemplo, en el caso particular del Acuerdo de libre comercio entre Chile y Estados Unidos, en el Artículo 16.1 se señala "Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las

prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas”.

También como ejemplo, en el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea, se incluye el título VII sobre competencia, en el cual se definen como objetivos:

1. Las Partes se comprometen a aplicar sus respectivas leyes en materia de competencia de modo compatible con esta Parte del Acuerdo con el objeto de evitar que los beneficios del proceso de liberalización del comercio de bienes y servicios puedan verse reducidos o anulados por prácticas contrarias a la competencia. Para ello, las Partes convienen en establecer una cooperación y coordinación entre sus autoridades de competencia en virtud de las disposiciones del presente Título.
2. Para prevenir distorsiones o restricciones de la competencia que puedan afectar al comercio de bienes o servicios entre ellas, las Partes prestarán una especial atención a los acuerdos contrarios a la competencia, a las prácticas concertadas y al comportamiento abusivo resultante de posiciones dominantes individuales o conjuntas.
3. Las Partes convienen en cooperar y coordinar sus actuaciones para la aplicación de las leyes en materia de competencia. Esta cooperación

incluirá la notificación, la consulta, el intercambio de información no confidencial y la asistencia técnica. Las Partes reconocen la importancia de adoptar unos principios en materia de competencia que puedan ser aceptables para ambas Partes en los foros multilaterales, incluida la OMC.

Como último ejemplo, en el Mercado Común del Sur (Mercosur) se suscribió el Protocolo de defensa de la competencia del Mercosur; que en su artículo 4 establece que:

“Constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados partes”.

Código Penal⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

En el articulado del Código Penal se hace referencia directa a conductas fraudulentas con carácter anticompetitivo, según se puede notar en la redacción de los siguientes artículos:

- Art. 285. “Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio

(9) DFL N° 31, de 2005, del Ministerio de Hacienda (disponible en: <http://bcn.cl/1nivi>).

(10) Decreto N° 1.314, de 2003, del Ministerio de Hacienda (disponible en: <http://bcn.cl/1niov>).

(11) Código Penal (texto no oficial), 1874 (disponible en: <http://bcn.cl/11zd5>).

(12) Se debe notar que mediante la Ley 20.945, de agosto de 2016, que modificó el DL 211, se incluyó la pena de presidio para los participantes de actos de colusión y se entregó la facultad de interponer querrela criminal a la Fiscalía Nacional Económica.

natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación, sufrirán penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

- Art.286. “Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas que en él se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto del fraude”.
- Art.287. “Los que emplearen amenaza o cualquier otro medio fraudulento para alejar a los postores en una subasta pública con el fin de alterar el precio del remate, serán castigados con una multa del diez al cincuenta por ciento del valor de la cosa subastada: a no merecer mayor pena por la amenaza u otro medio ilícito que emplearen”.

Es importante notar que estos casos corresponden a delitos que se procesan en tribunales penales o del crimen, y se someten a sus procedimientos y recursos legales.

Transacciones comerciales de productos agropecuarios

La Ley N° 20.656 del año 2013⁽¹³⁾ regula las transacciones comerciales de productos agropecuarios, que se aplica a productos específicos a través de reglamentos especiales. El objeto de esta ley es “establecer mecanismos e instrumentos que asistan a la libre determinación de precios en las transacciones de productos agropecuarios”. Establece con carácter obligatorio un procedimiento de análisis de muestras y contramuestras de los productos agropecuarios que

se transan en el mercado nacional y que no se encuentren regulados por una ley especial.

Los productos agropecuarios que se someten al procedimiento se determinan mediante reglamentos por producto o tipo de productos y siempre que se trate de la primera transacción de dichos productos. Actualmente, se encuentran vigentes reglamentos para el maíz, el trigo y la uva destinada a la elaboración de vinos y mostos.

En los reglamentos se establecen las metodologías para la medición de la cantidad, masa o volumen de los productos, así como la toma, la obtención, la manipulación, la conservación, el transporte y la custodia de las muestras y contramuestras, y el análisis de sus características. También se determina la forma en que deben ser publicados los precios de referencia para la compra de los productos y de las variables utilizadas para la aplicación de bonificaciones o descuentos de acuerdo al resultado de los análisis.

La fiscalización de la normativa la realiza el Servicio Agrícola Ganadero (SAG) mediante visitas que tienen como objetivo evaluar el cumplimiento por parte de los agentes compradores.

En los efectos prácticos, esta legislación ha contribuido a la transparencia en la operación de los mercados que se encuentran regulados, especialmente en lo que se refiere a la medición o análisis de las características del producto entregado y su correspondencia con los precios finalmente pagados por el producto.

Registro voluntario de contratos agrícolas

La Ley N° 20.797 que crea un registro voluntario de contratos agrícolas⁽¹⁴⁾ tiene como propósito “establecer un sistema

de inscripción voluntaria de los contratos de compraventa de productos agrícolas con entrega a plazo en un registro público, nacional y único". Su aplicación se extiende a los contratos agrícolas que consten por escrito y siempre que se trate de la primera transacción de los productos.

En el artículo 6° de la ley se definen las menciones obligatorias que deberá incluir el registro y que son las siguientes:

- a) Nombres y apellidos o razón social, y número de RUT, RUN, pasaporte o documento de identidad, según corresponda, de las partes contratantes.
- b) Fecha de término del contrato agrícola.
- c) Rol de avalúo del bien raíz en que se producen los bienes objeto del contrato.
- d) En caso que el productor agrícola no sea el dueño de la propiedad raíz, la identificación precisa del título en virtud del cual explota el predio a que se refiere la letra precedente.
- e) La indicación de los productos objeto del contrato.
- f) Total de la superficie cuya producción sea objeto del contrato, y el rendimiento de la producción estimada en volumen o peso.
- g) La indicación de estar comprándose el total o una parte de la producción señalada en el contrato agrícola, de conformidad a la letra f) anterior.
- h) La autorización expresa de las partes para el tratamiento de los datos que contenga el formulario.
- i) La cláusula penal, en caso de pactarse, que se hará efectiva ante el in-

cumplimiento de cualquiera de las partes.

- j) La circunstancia, en caso de existir, de que los productos objeto del contrato cuentan con cobertura de seguro, cualquiera sea la naturaleza de éste.
- k) La estipulación expresa de que las partes acuerdan someterse a las normas de esta ley.
- l) En general, aquellas menciones que las partes convengan en publicar.

En lo esencial esta legislación proporciona certeza jurídica a los contratos al otorgarles el carácter de oponible a terceros, como lo define el artículo 17° "Cuando una persona distinta de quien hubiere comparecido como comprador en el contrato agrícola registrado adquiriera los productos objeto de dicho contrato, será, para todos los efectos legales, solidariamente responsable con quien hubiere comparecido a dicho contrato como vendedor, por los perjuicios causados al comprador", y al establecer que las controversias se sustanciarán mediante procedimiento sumario.

Esta ley se encuentra actualmente vigente, por cuanto su reglamento fue publicado el 8 de septiembre de 2016, mediante el Decreto N° 149 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Experiencia internacional relevante

Desde una perspectiva histórica, las prácticas comerciales injustas han estado presentes en los mercados desde hace décadas y, junto con éstas, también se ha manifestado preocupación de los distintos países en poder implementar mecanismos de prevención, control y sanción,

(13) Disponible en <http://bcn.cl/1uxt7w>.

(14) Disponible en <http://bcn.cl/1xit8>.

tanto para mitigar sus factores causales o prevenirlos, como para aminorar sus efectos en los agentes afectados cuando estas se producen.

Es así como los países han generado iniciativas y adoptado medidas para hacerles frente. En algunos casos, estas han tenido un propósito explícitamente diverso, pero dadas sus características y funcionalidad, han jugado un importante papel al equilibrar asimetrías en el poder de negociación o al aminorar el grado de dependencia económica de la parte más débil, por lo que su implementación en los mercados ha permitido abordar también las prácticas comerciales injustas. Un primer ejemplo lo constituye el modelo de cooperativas. Estas son una forma de organización de unidades productivas y empresariales que data de fines del siglo XIX, y se encuentra presente en prácticamente todas las ramas de actividad económica en una gran mayoría de países. En su origen constituyeron una forma de respuesta frente a nuevos procesos económicos y sociales suscitados en el contexto de la Revolución Industrial. Dentro de sus principales características, destaca el que se trate de asociaciones voluntarias, que tienen control democrático de sus miembros (“un miembro, un voto”), con autonomía e independencia y en las que también existe participación económica y compromiso con la comunidad, entre otros atributos.

Borzaga y Galera (2012) afirman que las cooperativas son cada vez más valoradas como un mecanismo exitoso en reconciliar equidad y eficiencia con la creación de valor económico y social, y que podrían ser una expresión concreta del creciente sentido de responsabilidad social por parte de la ciudadanía. Asimismo, estos autores señalan que, además de otros impactos, una contribución

relevante la constituye la mitigación de fallas de mercado, mejorando el funcionamiento del sistema económico e incrementando el bienestar de grupos de personas. Esto último se explica porque, al existir empresas con distintos objetivos y distintas estructuras de propiedad, es posible ofrecer a los consumidores un abanico de posibilidades de consumo más amplio, lo que se traduce a su vez, en más competencia, precios minoristas más bajos y oportunidades para innovar, entre otros. Por ejemplo, gracias a las cooperativas y a iniciativas de comercio justo, existe un rango cada vez más amplio de productos comercializados de esta forma en el mundo (cacao, banana, vino, te, café, artesanías, miel, etc.)

Recientemente, la experiencia europea, principalmente en España y Francia, mostró que en este tipo de organización existe mayor resiliencia a las turbulencias de la economía, como las experimentadas a partir de la crisis financiera internacional del 2008 (Roelants *et al.*, 2012). Aun cuando la participación en el producto y en el total de empresas es pequeña, su promoción y expansión puede ser un instrumento relevante para cumplir con objetivos económicos y sociales (Ministerio de Economía, 2014).

La Agenda para el Desarrollo Post-2015, de Naciones Unidas, identifica 12, dentro de los 17 objetivos de desarrollo sostenible, en los que las cooperativas contribuyen de manera directa y significativa (OIT, 2014). Entre estos, en el contexto de las prácticas comerciales injustas, se encuentran los siguientes:

- mayor seguridad alimenticia y nutrición, al favorecer a los pequeños agricultores, pescadores, ganaderos, entre otros productores, para resolver los problemas que enfrentan para la pro-

ducción de alimentos, como la falta de acceso a la información sobre precios, acceso a insumos de alta calidad y al mercado financiero, y

- facilitación del comercio y del financiamiento de largo plazo, cerrando la brecha comercial que existe entre los países desarrollados y los que se encuentran en vías de desarrollo, estabilizando los sistemas financieros durante las crisis y proveyendo la base para la profundización financiera.

De todos modos, en algunos países, factores como la escasez de infraestructura, el limitado acceso a servicios, información, activos productivos y capacidades de administración, junto con una baja representación en la toma de decisiones, han evitado que las cooperativas puedan expresar todo su potencial. El desafío es que estas organizaciones puedan operar eficientemente dentro del mercado y así contribuyan a mejorar ingresos, generar oportunidades de empleo e integren a pequeños productores (Ruede, 2014).

Además de las cooperativas, en el mundo se han desarrollado otras instancias de organización en los mercados agropecuarios que han contribuido a aminorar la incidencia de prácticas injustas de comercio.

En particular en Estados Unidos, la mirada sobre estos temas obliga a poner atención en las órdenes de comercialización y los acuerdos de comercialización (marketing orders and marketing agreements, respectivamente). Su origen proviene del Acuerdo de Comercialización Agrícola (AMAA, por sus siglas en inglés) impulsado en la

era del *New Deal*, en respuesta a las dificultades económicas que enfrentaban los pequeños agricultores en las décadas de los años 20 y 30, y que se acentuaron durante la Gran Depresión.

La legislación que da sustento a estos acuerdos explícitamente señala que estos mecanismos pueden ser utilizados por parte de productores de rubros agrícolas para comerciar como si fueran una sola empresa, con la advertencia de que estos no pueden verse involucrados en comportamientos que restrinjan o monopolicen el comercio. Básicamente se entiende que esta es una excepción controlada de la ley antimonopolios, y que exige una serie de condiciones a los mencionados productores⁽¹⁵⁾.

A diferencia de los países que consideran incompatible la incorporación de excepciones a las normas sobre libre competencia, en el contexto legal estadounidense se le otorga un valor a la posibilidad de que los productores puedan actuar colectivamente bajo el amparo de esta regulación. Esto ocurre tanto desde el punto de vista del público general, en donde la norma protege contra precios indebidamente fijados como resultado de un grupo que actúe monopólicamente, como desde el punto de vista de los productores, ya que si no existiera la posibilidad de comercialización colectiva podría generarse el riesgo de una acción contraria a la competencia ejercida hacia ellos.

En cuanto a los mecanismos, 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 clasifi-

(15) Una descripción analítica de esta norma y de sus disposiciones se presenta en el artículo de David Volkin (1985) "Understanding Capper Volstead". Como muchas otras legislaciones, la "Capper Volstead Act" no detalla exhaustivamente sus disposiciones. Por ejemplo, no define conceptos tan relevantes como "productor agrícola" o "comercialización". Sin embargo, esta se encuentra bajo permanente revisión e interpretación en instancias administrativas y judiciales.

cadadas 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. De esta manera, 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 las cantidades comercializadas, control de calidad y apoyo al mercado.

La función de control de cantidades es la que tiene el impacto más directo en favorecer un mayor precio en los productos. Se implementa a través de restricciones de suministro para provocar excesos de demanda y elevar los precios, aun cuando su objetivo es controlar la sobreproducción y no el extraer excedente del consumidor. Sin estos controles, por ejemplo, una producción inesperadamente grande podría inundar el mercado con cantidades excesivas causando una caída en los precios. La función de apoyo al mercado, en tanto, tiene como objetivo lograr “condiciones disciplinadas de comercialización” por medio de la estandarización de envases, investigación, publicidad y mantención de registros. Estas funciones no afectan directamente el precio, pero sirven al 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.

En Europa, asimismo, la preocupación por las situaciones en donde existe falta de transparencia en los mecanismos de formación de los precios y los desequilibrios o asimetrías que se dan entre los

operadores de la cadena alimentaria ha ido en aumento, y en los últimos años los estados que conforman la Unión Europea y también otros países han adoptado medidas para hacer frente a la problemática de las prácticas comerciales injustas⁽¹⁶⁾.

En la Política Agrícola Común (PAC) de los estados miembros, en el año 2013, se declaró como objetivo el fortalecer el poder de negociación que con respecto a la industria transformadora poseen los productores de los sectores lácteo, cárnico bovino y de aceite de oliva, así como de productores de algunos cultivos herbáceos. De esta forma se establecen garantías para el desarrollo viable de su producción y con ello obtener una distribución más equitativa del valor agregado a lo largo de la cadena.

Por ejemplo, el reglamento que crea la Organización Común de Mercados de los productos agrarios (OCM)⁽¹⁷⁾ permite a las organizaciones de productores o sus asociaciones en el rubro lechero, negociar conjuntamente los términos de los contratos, incluido el precio, para una parte o la totalidad de su producción con una central lechera⁽¹⁸⁾. Asimismo, en los otros sectores mencionados, la PAC indica que las organizaciones de productores reconocidas podrán negociar las condiciones de los contratos de entrega, sus precios, entre otros aspectos, para la producción de algunos de sus miembros o de todos ellos⁽¹⁹⁾. En particular se especifica que estas organizaciones podrán ser capaces de concentrar el suministro, comercializar los productos de sus miembros y optimizar los costos de producción, con el objeto de que sean efectivas en integrar actividades importantes en términos del volumen de la producción y comercialización y sus costos. Además de lo anterior, la nueva nor-

mativa ofrece a los estados de la Unión Europea la posibilidad de imponer la obligatoriedad de contratos escritos en varios sectores de la agricultura.

Posteriormente, en junio de 2014, la Comisión Europea emitió una comunicación⁽²⁰⁾ sobre cómo hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario, en donde se efectúan recomendaciones para que los países adopten medidas en forma independiente de acuerdo a sus propias necesidades y se resaltó la importancia de reforzar la posición de los productores frente a los siguientes agentes de la cadena, en particular apoyando la creación y el desarrollo de organizaciones de productores.

En el año 2015, debido a las dificultades que declaraban los agricultores europeos como consecuencia de la caída de los precios y el aumento de la producción mundial, que provocó un exceso de oferta, se generó una mayor exposición y vulnerabilidad de los agricultores frente a posibles comportamientos desleales de otros agentes de la cadena, e impulsó fuertemente la preocupación por las prácticas comerciales injustas en Europa. Un reciente informe de la Comisión Europea⁽²¹⁾ al Parlamento Europeo y al Consejo concluye que las medidas para combatir las prácticas comerciales desleales se han desarrollado de manera importante en los últimos años. Este informe permite conocer una evaluación preliminar a los marcos regulatorios y de

garantía de cumplimiento que existen en los estados miembros, y también da cuenta de una revisión al funcionamiento de las iniciativas voluntarias que funcionan en estos países.

De acuerdo al informe de la Comisión⁽²²⁾ existen una serie de elementos clave que distinguen la forma en la que los países abordan las prácticas comerciales desleales por medio de marcos regulatorios eficaces. Estos aspectos se indican a continuación:

- i. Cobertura en la cadena de suministro alimentario, referido al grado en que las distintas fases de la cadena, sus transacciones y tipos de agentes involucrados están siendo considerados en los respectivos diseños normativos.
- ii. Principales tipos de prácticas comerciales desleales cubiertas, lo que permite clasificar y describir las prácticas en categorías relevantes, y conocer aquellas más comunes.
- iii. Flexibilidad en la definición de las prácticas comerciales desleales, aspecto que está referido a los enfoques que adoptan los países para hacer frente a los abusos de los desequilibrios que dan origen a las prácticas comerciales injustas
- iv. Confidencialidad de las denuncias y la posibilidad de iniciar investigaciones, lo que da un marco apropiado para considerar aquellas situaciones de conflicto en las que exista temor a la

(16) COM(2009) 591 final, op. cit.

(17) Reglamento (UE) N° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

(18) Para ello se adopta una disposición de conformidad a lo establecido por el artículo 42 y el artículo 43, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Para mantener la competencia efectiva en el mercado lácteo, esta posibilidad debe estar sujeta a límites cuantitativos apropiados (párrafo 128, PAC 2013).

(19) Párrafo 139, PAC 2013.

(20) COM(2014) 472 final, julio de 2014 (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0472>).

(21) COM(2016) 32 final, enero de 2016 (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0032>).

(22) COM(2016) 32 final, páginas 5-9, op. cit.

denuncia en la parte más débil de la relación.

- v. Efecto disuasorio, propósito buscado por parte de las legislaciones efectivas en esta materia.

Respecto al grado de cobertura en la cadena, en la mayoría de los estados miembros de la Unión Europea la legislación se aplica a las relaciones entre empresas independiente de la fase o nivel de proceso en que se encuentren, aunque en algunos países solo aplican la legislación a las relaciones en las que una de las partes es un minorista. De todos modos, la Comisión recomienda a los estados miembros que consideren la posibilidad de implementar legislaciones que abarquen toda la cadena de suministro alimentario, con el objetivo de que todos los operadores de los mercados estén protegidos de las prácticas comerciales desleales.

En un estudio publicado por Odepa sobre las legislaciones e institucionalidad en materia de prácticas comerciales injustas (Veloza y Rojas, 2015), se constata que en algunos países se regula un número importante de prácticas comerciales injustas, como en Francia o en Italia. En República Checa, en tanto, se incorpora normativa sobre el abuso de dependencia económica, y en ambos casos estas disposiciones se encuentran contenidas en legislación específica del sector alimentario.

Sin perjuicio de que los instrumentos utilizados para tratar las prácticas comerciales injustas varían de país en país, destaca el uso de leyes que cubren relaciones entre empresas, denominadas "B2B", y que contienen normativa relativa al abuso de dependencia económica, exenciones de responsabilidad, modificación unilateral de contratos, terminación injusta de contratos y ne-

gativa de negociar.

En general, la cobertura de las prácticas comerciales injustas en el sector alimentario es mayor que la cobertura otorgada en otros sectores. 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 prácticas comerciales injustas en el sector alimentario que en otros sectores.

De las legislaciones revisadas en el citado estudio, Italia es el país que tiene mayor cobertura de prácticas comerciales injustas, 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.

En relación al tipo de prácticas comerciales desleales, en el análisis presentado en el libro verde de la Comisión Europea y su posterior consulta pública, se establecieron 4 categorías relevantes de prácticas comerciales desleales que deben ser consideradas en los marcos regulatorios efectivos:

- que una de las partes no debe trasladar indebida o injustificadamente sus propios costos o riesgos empresariales a la otra parte;
- que una de las partes no debe solicitar a la otra ventajas o beneficios de cualquier tipo que no estén asociadas a un servicio vinculado con esa ventaja o servicio solicitado;
- que una de las partes no debe introducir cambios unilaterales ni retroactivos en los contratos, salvo que el contrato lo permita de manera específica en condiciones equitativas, y
- que no debe ser posible poner fin in-

justamente a una relación contractual ni tampoco amenazar injustificadamente con poner fin a una relación contractual.

Estas cuatro categorías son coherentes con las disposiciones de los marcos reguladores de los países de la Unión Europea y, además, son consistentes con los principios establecidos en el Foro de Alto Nivel sobre la Mejora del Funcionamiento de la Cadena de Suministro Alimentario y con el marco de aplicación de la Iniciativa de la Cadena de Suministro.

En relación a los enfoques de mayor o menor flexibilidad en las definiciones legales, se observa un escenario bastante mixto. En primer lugar, destaca que las "fuentes normativas" que contienen se encuentren en distintos tipos de legislación. En efecto, es común encontrar las disposiciones en las normas relativas al derecho civil, comercial, general, o en las leyes de competencia, competencia desleal o en legislación específica para el sector agroalimentario.

En países como Alemania y Austria, existen disposiciones de carácter general, que requieren que se evalúe caso a caso si existe una asimetría significativa en el poder económico o de negociación entre dos operadores. Junto con esto, también se exige confirmar si el operador más fuerte ha abusado de su posición para imponer condiciones injustas a la parte más débil.

Por otra parte, en las legislaciones donde se introducen disposiciones específicas que detallan una a una las prácticas comerciales injustas, es común encontrar una lista exhaustiva de prácticas que intrínsecamente son consideradas prácticas comerciales injustas y, por lo tanto,

son ilegales. En estas situaciones, la tipificación contenida en la norma evita que se requiera una evaluación caso a caso. En este enfoque se encuentran las legislaciones de República Checa y Hungría.

Dentro de lo positivo, el primer enfoque permite detectar prácticas injustas en toda la cadena de suministro, así como aquellas situaciones de reciente aparición. La desventaja es que implica una evaluación completa de los casos conflictivos, tanto en lo contractual como en las circunstancias económicas en las que se producen.

En el caso del segundo enfoque, se tiene la ventaja de que para garantizar su cumplimiento no se requiere efectuar investigaciones o evaluaciones jurídicas que ameriten un uso intensivo de recursos e información. Sin embargo, pueden producirse situaciones que, estando tipificadas en una práctica única, sin una adecuada contextualización económica y contractual provoque problemas de proporcionalidad en la aplicación de la norma.

El informe de la Comisión Europea⁽²³⁾ señala que los países que opten por el primer enfoque deben velar por la aplicabilidad de su norma, imponer requisitos probatorios razonables y asignar recursos suficientes. Mientras que, para los estados que poseen el enfoque específico, recomienda que estos opten por limitar las prácticas desleales a determinadas categorías principales; y evaluar otras prácticas considerando el contexto económico y contractual, con el objetivo de asegurar proporcionalidad en las sanciones.

Que se produzca temor en la parte más débil de la situación en conflicto es un factor relevante a tener en cuenta en el diseño de los marcos regulatorios. El po-

(23) COM(2016) 32 final, página 6, *op. cit.*

ner en riesgo la relación comercial puede provocar un desincentivo importante a la hora de efectuar la denuncia por una práctica comercial injusta. A raíz de este problema, las normas han adoptado mecanismos que intentan aminorar este "factor miedo". Para ello, se institucionaliza o designa a autoridades responsables de dar garantía de cumplimiento y así proteger a los actores de la ocurrencia de prácticas comerciales injustas.

En algunos casos se trata de la autoridad nacional en materia de competencia y, en otros, de un órgano específico, como un ministerio, una agencia responsable de la temática alimentaria o una agencia de lucha contra delitos de fraude. La clave para hacer frente a los problemas derivados del "factor miedo", es que estas autoridades tengan atribuciones para iniciar investigaciones por iniciativa propia cuando existan indicios suficientes de que un agente ha incurrido en prácticas comerciales injustas prohibidas por la legislación. Un último factor común que poseen los marcos regulatorios de la Unión Europea en esta materia corresponde a la necesidad de que estas funcionen como un significativo elemento disuasorio. Esto obviamente está limitado por la probabilidad de que las denuncias por prácticas comerciales injustas sean investigadas por las autoridades responsables, y también por el nivel de sanciones o multas establecidas.

A modo ilustrativo, la evaluación presentada en el informe de la Comisión Europea⁽²⁴⁾ indica que alrededor de un tercio de los estados miembros cuya garantía de cumplimiento es pública no ha investigado ningún caso en los últimos años⁽²⁵⁾; otro tercio tan solo ha investigado un puñado de casos⁽²⁶⁾, y el tercio restante ha investigado docenas de casos o incluso más⁽²⁶⁾. En cierta medida,

esto puede atribuirse al diferente grado de importancia que tiene el problema en los países de Europa.

Respecto a las multas, algunos países las establecen con máximos absolutos, y en otros como porcentaje sobre el volumen del negocio (entre un 0,05% a 10%). Otra disposición que es usual encontrar en los marcos regulatorios es la de "poner en evidencia" a la empresa que resulte culpable, generando un efecto publicitario a dicha sanción.

Sobre los organismos encargados del cumplimiento de la legislación relativa a las prácticas comerciales injustas, las distintas legislaciones utilizan una variada institucionalidad para el cumplimiento de la normativa. En Austria, República Checa, Alemania e Italia, las normas sobre estas prácticas en el sector alimentario son responsabilidad de la Autoridad de Competencia respectiva, que corresponde al o los órganos encargados de aplicar la legislación de defensa de la libre competencia (como en Chile la FNE y el TDLC).

Por otro lado, en países como Francia, en el sector minorista, y España, en el sector alimentario, la legislación sobre prácticas comerciales injustas en relaciones B2B o "empresa-empresa" son responsabilidad de entidades administrativas del Estado, no de entidades judiciales.

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

Cabe hacer presente que en el sector alimentario las autoridades de competencia (caso de Italia, Alemania y República Checa) y la administración general del

Estado (caso de España), pueden iniciar investigaciones ex officio, sin que la solicite una de las partes, lo que tal como se indicó previamente, es una facultad relevante para hacer frente a situaciones en donde exista el “factor miedo”.

Por último, de la revisión de los marcos regulatorios y la institucionalidad, no se puede dejar de mencionar la iniciativa privada y voluntaria de mayor relevancia en esta materia existente en Europa, la Supply Chain Initiative (SCI), que se desarrolló en el marco del Foro de Alto Nivel sobre la Mejora del Funcionamiento de la Cadena de Suministro Alimentario⁽²⁸⁾. Esta iniciativa se puso en marcha en septiembre de 2013 y consiste en un marco de principios de buenas prácticas al que las empresas pueden adherir voluntariamente.

En el marco de la SCI, los litigios entre operadores pueden resolverse a través de la mediación o el arbitraje. Para evitar las prácticas comerciales injustas, la SCI se centra en requisitos organizativos a nivel de la empresa, como son la formación del personal (p. ej. mediante capacitación) y la participación en mecanismos de resolución de litigios. El incumplimiento de estos requisitos organizativos puede dar lugar a la exclusión de la empresa, aunque no se prevé ningún otro tipo de sanción. Por otro lado, los miembros deben velar por que las partes más débiles que recurren 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. Desde 2013 hasta diciembre de 2016, se encuentran registrados 380 empresas o grupos minoristas, mayoristas y fabricantes, que representan a 1.160 empresas de todos los estados miembros de la Unión Europea.

La Comisión Europea realizó a una evaluación a esta iniciativa⁽²⁹⁾ transcurridos algo más de dos años desde su implementación. En esta se destaca que haya estimulado el debate sobre las prácticas comerciales desleales entre los operadores y haya iniciado un cambio cultural, citando como ejemplo que en el marco de la SCI se han creado varias plataformas nacionales, como es el caso de Bélgica, Países Bajos, Finlandia y Reino Unido, aunque con relativo éxito. En el caso belga, la plataforma se creó con anterioridad a la SCI, y contó con apoyo de actores de toda la cadena, incluidos los agricultores, lo que ha permitido una alta efectividad incluso a pesar de que en ese país no existe legislación en esta materia. En Países Bajos, Finlandia y Reino Unido, en cambio, el corto tiempo de implementación no les ha permitido mostrar resultados y se han presentado pocos casos.

Con todo, de acuerdo a lo expresado por el organismo comunitario en las últimas comunicaciones vinculadas a este tema⁽³⁰⁾, la evaluación en general tanto de las iniciativas voluntarias como de la institucionalidad que en este ámbito se

(24) COM(2016) 32 final, página 8, op. cit.

(25) Austria, Bulgaria, Finlandia, Croacia, Letonia, Rumania, Eslovenia.

(26) Chipre, Dinamarca, Irlanda, Lituania, Reino Unido.

(27) República Checa, Estonia, Francia, Hungría, Italia, Portugal, Eslovaquia.

(28) Más antecedentes disponibles en: http://ec.europa.eu/growth/sectors/food/competitiveness/supply-chain-forum/index_en.htm o en <http://www.supplychaininitiative.eu>

(29) COM(2016) 32 final, páginas 9-13, op. cit.

(30) COM(2014) 472 final, op. cit., y COM(2016) 32 final, página 14, op. cit.

ha desarrollado en los países de la Unión Europea en los últimos años confirma la necesidad de ir adoptando medidas reglamentarias en el caso de los países que aún no dispongan de normativa específica, así como también fortalecer las disposiciones existentes pues tienen un importante margen de mejora, junto con relevar la importancia de generar un mecanismo institucional que garantice su cumplimiento en forma independiente y eficaz.

Para Chile, la experiencia internacional descrita en esta sección da una base sustantiva para la determinación de los elementos que una propuesta en esta materia debe tener para lograr una implementación que garantice el cumplimiento eficaz de sus objetivos.

HACIA UNA POLÍTICA PARA EL MEJOR FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS

El desempeño armónico de las cadenas de producción y comercialización de los productos agropecuarios y forestales es un deseo y necesidad para el progreso de las actividades de la agricultura, en tanto contribuye a la asignación eficiente de los recursos, promueve la inversión y el desarrollo económico y permite que los esfuerzos conjuntos de los actores de las cadenas de valor contribuyan al mejoramiento de la competitividad sectorial. También permite abordar de manera conjunta y coordinada los nuevos desafíos para hacer de la agricultura un sector económico sustentable e inclusivo.

Lograr una mayor inclusión es un objetivo transversal que es concordante con una mejor distribución de beneficios de las actividades económicas. En el caso

particular de las cadenas agropecuarias y forestales, esto pone un especial acento en los productores y en las posibilidades de integrar plenamente su producción a los mercados nacionales e internacionales. Condiciones más equitativas de participación en las transacciones y en los mercados incrementan la probabilidad de percibir mayores beneficios de la comercialización, factor que permite consolidar al sector productivo y favorece el desarrollo de nuevas inversiones.

Un desarrollo y crecimiento acorde de la base productiva respecto al resto de los participantes de las cadenas agropecuarias y forestales permite también una mayor resiliencia frente a los ciclos, volatilidad y shocks de oferta o demanda, que son frecuentes en estos sectores de actividad económica.

Esto también cobra sentido desde una perspectiva de competitividad, en un contexto de rápido cambio tecnológico, nuevas preferencias de los consumidores y mayor integración comercial, que inciden decisivamente en el potencial de crecimiento que posee el sector silvoagropecuario. Estos factores representan oportunidades crecientes, pero también riesgos que deben ser asumidos en forma equitativa.

De esta manera lo ha entendido el Ministerio de Agricultura, que en los recientes años ha impulsado medidas específicas para apoyar y fortalecer este desempeño armónico, tales como son la ley que regula las transacciones comerciales de productos agropecuarios a través de reglamentos especiales por producto, la ley que crea el registro voluntario de contratos agrícolas y, especialmente, las diversas instancias de participación y discusión que convocan a los actores principales de las cadenas sectoriales y entre las cuales destacan las comisiones nacionales de rubros.



Archivo fotográfico ODEPA.

Lo anterior constituye un conjunto de medidas específicas destinadas al mejoramiento del funcionamiento de los mercados y a otorgarles mayor transparencia, sin embargo, a la luz de los hechos contingentes -mantención de las percepciones de abuso y los casos de colusión conocidos- es evidente que no son necesariamente suficientes para alcanzar la deseada armonía en las cadenas. Es más, el esfuerzo requerido en la actualidad para avanzar en ese objetivo es mayor, considerando la sensibilidad que en el presente la sociedad chilena muestra ante cualquier situación que estime incomoda o indeseada, generando rechazo y habitualmente acusaciones que, ciertas o no ciertas, en las cadenas silvoagropecuarias no contribuyen a las relaciones armónicas, transparentes y leales que se espera ocurran en las transacciones comerciales.

La revisión de la legislación existente en otros países confirma que el desbalance en el poder de negociación en las cadenas alimentarias y no alimentarias, genera condiciones que no favorecen a su desempeño armónico y desincentivan la inversión y el desarrollo económico de las actividades y negocios involucrados. Esto se hace evidente en el hecho de que los primeros y mayores avances en el tratamiento de las asimetrías en el poder de negociación han sido implementados e impulsados por los países de mayor desarrollo, tal como ocurrió antes con la defensa de la libre competencia. Es notable hacer mención de que una primera aproximación histórica para abordar el menor poder de negociación de las partes más débiles fue el impulso a las cooperativas, que aún se mantiene y que ha evolucionado a una promoción de formas de asociatividad más amplias, incluyendo en la actualidad la agrupación

para comercializar como existe en los marketing orders de Estados Unidos y que se ha incorporado en la actual política europea de Organización Común de Mercados contenida en la PAC.

En el sentido que marca la tendencia de los países de mayor desarrollo, cobra relevancia para el Ministerio de Agricultura continuar profundizando en medidas de política pública sectorial que aborden las relaciones comerciales y el mejor desempeño de las cadenas silvoagropecuarias.

En el actual estado del arte en Chile sobre estas materias, parece oportuno avanzar en medidas destinadas a mejorar la información y monitoreo del desempeño de los mercados y a fomentar la transparencia de las transacciones y la formalización de las relaciones comerciales en conjunto con regular las prácticas comerciales injustas.

Observatorio de mercados y mejora en información disponible

Disponer de información sobre aspectos productivos de las actividades de la agricultura, así como de los precios de sus mercados, aun cuando deseado, no es suficiente para dar transparencia a los mercados. Del mismo modo, la transparencia en los mercados no es en sí misma una condición para la libre competencia y las buenas prácticas comerciales, de hecho, en tales condiciones podría darse lo contrario, pero sí constituye uno de los elementos que debe estar presente, en la medida justa, de manera de permitir que los agentes compitan vigorosamente en un ambiente de armonía en la distribución de los beneficios tanto entre competidores como a lo largo de las cadenas incluyendo proveedores y clientes.

Siendo la asimetría en la información uno de los principales aspectos que

contribuye a la existencia de la mala percepción que se tiene de los agentes que son más fuertes en los mercados, la transparencia de cómo funcionan tales mercados, cómo se forman los precios y cuáles son las condicionantes de estos y sus relaciones con productos sustitutos y el mercado exterior; son elementos que constituyen una base para desmitificar percepciones o para confirmar abusos y prácticas indeseadas.

No obstante, la sola información no es suficiente para hacer que los mercados funcionen mejor; dado que incluso en ambientes de amplia información es posible que se encuentren o que se propicien prácticas reñidas con la buena fe. Por este motivo no aparece como suficiente continuar promoviendo mejoras o ampliaciones de la información disponible, sino que se debe necesariamente complementar con capacidades de análisis que permitan revisar o evaluar el desempeño de los mercados y el comportamiento de sus agentes desde una perspectiva económica crítica.

Un buen ejemplo para entender esto es la reciente facultad otorgada a la FNE para realizar estudios de evaluación de la competencia en los mercados, permitiéndole que utilice sus atribuciones de acceso a información estratégica de las empresas. Sin duda que es una contribución importante para la competencia, sin embargo, dada la complejidad, costo y recursos disponibles, seguramente esos estudios serán priorizados y no podrá haber cobertura para todas las áreas interesadas, que probablemente también serán priorizadas de acuerdo a la magnitud de los negocios y el impacto en la economía nacional y los consumidores. En términos prácticos, lo anterior significa que, aunque se avanza positivamente, el resultado es una reducción de las

brechas, pero no será la solución a todas las situaciones o no será posible de aplicar a todo tipo de mercados. Es en este punto donde aparece una oportunidad de potenciar las políticas públicas sectoriales implementando mecanismos simplificados de supervisión de los mercados, los cuales, basados en información disponible o levantada para cada caso, permitan efectuar pruebas económicas de su funcionamiento y, a la vez, ser disuasivos por el efecto que el estudio y monitoreo de mercados provoca sobre aquellos agentes que tienden a no tener buenos comportamientos comerciales.

La implementación de un observatorio de mercados silvoagropecuarios es coherente con la política del Ministerio de Agricultura de darle transparencia a su funcionamiento, es complementario a las iniciativas regulatorias y de coordinación sectorial orientadas a mejorar su desempeño, competitividad y armonización de las relaciones entre los agentes de las cadenas de valor; y constituye una herramienta eficaz para evaluar las conductas económicas en mercados concentrados y disuadir o prevenir las prácticas comerciales que contravengan la buena fe entre competidores y en sus relaciones con proveedores y clientes.

Un observatorio de mercados debe disponer de las competencias técnicas y capacidades tecnológicas para realizar estudios sobre el comportamiento de los precios y de los agentes que participan en los mercados, utilizando métodos modernos de análisis económico para:

- i. evaluar la efectividad y simetría en la transmisión de precios entre mercados paralelos -externo e interno, por ejemplo-, así como entre los distintos eslabones o niveles en las cadenas de valor desde el producto primario,

- incluyendo insumos, hasta los bienes destinados al consumidor o utilizador final;
- ii. evaluar e identificar los mecanismos de formación de los precios;
 - iii. medir e interpretar los costos que se incurren en los procesos de producción, transformación y distribución de los productos y subproductos;
 - iv. evaluar formas habituales de comercio, como los contratos de suministro y las transacciones en mercados abiertos o spot;
 - v. proponer mecanismos de corrección de imperfecciones en los mercados o en la comercialización de los productos, y
 - vi. contribuir a mejorar la coordinación al interior de las cadenas y la armonía en las relaciones comerciales.

Un observatorio de mercados con funciones como las señaladas requiere de profesionales especialistas que son escasos o que previamente deben ser formados o capacitados para estos fines, lo cual puede tener un mayor costo para lograr captarlos y mantenerlos con respecto al que es habitual en los estamentos profesionales del sector público, pero es un costo asumible por el Estado y no involucra un gran número de personas, dado que su acción debería organizarse de forma tal que aborde casos específicos en profundidad, realice

supervisiones casuísticas de mercados diversos, establezca indicadores de monitoreo y efectúe actualizaciones esporádicas de revisiones o casos de mayor connotación sectorial o de mercados de mayor riesgo de deficiente desempeño, de acuerdo a lo que sus propios estudios recomienden.

En definitiva, el establecimiento de un observatorio de mercados silvoagropecuarios depende en gran medida de que los agentes de las cadenas compartan el convencimiento que tiene el Ministerio de Agricultura sobre los beneficios para la coordinación, competitividad y sustentabilidad sectorial que se derivan del buen funcionamiento de los mercados y de los procesos de comercialización transparentes y balanceados entre los actores de las cadenas de la agricultura.

Transparencia en las operaciones comerciales de mercados abiertos o spot

Los mercados abiertos o spot son aquellos en que las transacciones se realizan en forma espontánea, sin necesidad de acuerdo previo, en donde normalmente el producto está a la vista, todo o una parte, y en el que las operaciones se cierran habitualmente de inmediato sin compromisos o responsabilidades posteriores para las partes comerciantes. Ejemplos conocidos de este tipo de operaciones en Chile son, por una parte, los mercados mayoristas de frutas y hortalizas y, por otra, las ferias ganaderas. En ambos casos, las partes compradoras y vendedoras concurren libremente a recintos -normalmente físicos- en donde se realizan los encuentros y las negociaciones para el intercambio, en unos a través de relaciones persona a persona y en otros mediante mecanismos de subasta o remate.

“El desempeño armónico de las cadenas de producción y comercialización de los productos agropecuarios y forestales es un deseo y necesidad para el progreso de las actividades de la agricultura”.

No obstante, en Chile también son mercados abiertos o spot una parte importante de las transacciones de cereales como trigo, maíz, arroz y avena, las de uva para la elaboración de vinos y las de trozas para madera y pulpa, por ejemplo. En estos mercados pueden existir acuerdos o contratos, pero lo habitual o mayoritario es que los productores o comerciantes ofrezcan directamente su producto en los lugares o recintos de compra de los industriales o intermediarios, en donde se determina su aceptación y los precios cuando se decide su adquisición. Una notable diferencia entre este tipo de mercados y los señalados para frutas, hortalizas y ganado, es que en estos se sabe perfectamente quien es el agente comprador que recibe los productos -con domicilio conocido-, en contraposición con los anteriores en los cuales no es fácil que el oferente o productor conozca o sepa quién o quiénes serán sus compradores finales.

Lo señalado es un factor que pesa en la percepción que existe de escasa transparencia en las operaciones de los mercados mayoristas de frutas, hortalizas y ganado, dado que los productores se enfrentarían a compradores o comerciantes que ejercerían su mayor dominio, tamaño o conocimiento del mercado y, además, su mayor poder de negociación con respecto al oferente dada la premura con que habitualmente los productos de origen silvoagropecuario deben o requieren ser vendidos.

Por lo mismo, para este tipo de mercados y operaciones comerciales se debe avanzar en mecanismos que contribuyan a la transparencia y al balance en el poder de negociación a través de una política pública específica, la cual no debe interferir en las formas habituales de comercialización, es decir, alterar el

mercado, sino que debe apoyar su funcionamiento sobre la base de las buenas prácticas que una parte importante de los agentes intervinientes realizan o deberían realizar:

Entre los elementos a considerar en una política de mejoramiento del funcionamiento de estos mercados abiertos deberían incluirse los siguientes:

- i. el beneficio para la transparencia de la implementación de un registro público de las empresas o agentes compradores o intermediarios que operan en estos mercados, que incluya la identificación visible de sus representantes en la interacción con los vendedores e incluso la señalización de quien es su mandante cuando corresponden a operaciones de intermediación;
- ii. la publicidad de la información sobre las definiciones particulares que los compradores tengan para aspectos de calidad de los productos comprados, formas de pago y costos o comisiones que pudiesen ser de aplicación a la parte vendedora;
- iii. el establecimiento de estándares de calidad certificables por un organismo independiente -público o privado- o el registro de estándares voluntarios que compradores o grupos de ellos acuerden para sus operaciones comerciales, incluyendo mecanismos de verificación o certificación independiente;
- iv. la implementación de instrumentos de fiscalización de cumplimiento de acuerdos, compromisos u obligaciones que se establezcan;
- v. la incorporación de mecanismos de mediación ante diferencias entre las partes, de acción ágil y en terreno, dado la velocidad en que ocurren es-

- tas transacciones, y
- vi. la definición de un código de conducta o de buenas prácticas comerciales que permita a los adherentes la obtención y promoción de un sello que los distinga, el que puede ser voluntario en la adhesión y obligatorio (fiscalizable y sancionable) en el ejercicio de sus operaciones una vez adscrito.

Sobre los elementos señalados existen experiencias internacionales diversas que deberían ser también consideradas. Finalmente se debe resaltar la relevancia fundamental de involucrar desde un inicio a los actores pertinentes de estos mercados, dado que en todas estas recomendaciones se requiere de su colaboración y es de la mayor importancia el que compartan o adhieran a la visión común de que la transparencia y el mejor funcionamiento de los mercados de la agricultura beneficia a todos los agentes que en ellos participan, desde la producción primaria hasta los consumidores.

Formalización de las relaciones comerciales y control de prácticas injustas de comercio en las cadenas agropecuarias y forestales

En muchos o en la mayoría de los mercados de la agricultura y del sector forestal existen empresas de gran tamaño que son poderes compradores o proveedores que juegan un rol indiscutible en la comercialización de la producción sectorial, incluso en algunas zonas geográficas o localidades específicas son insustituibles, tanto porque pueden ser el único poder comprador o proveedor que por distancia hace imposible ofrecer o demandar el producto a otro o porque no existen alternativas productivas variadas que permitan a los productores

derivar a otras actividades en condiciones de costos de cambio razonables y con rentabilidades atractivas y suficientes para dedicarse a otra actividad de producción.

Estas condiciones, y tal como ya se ha señalado en este documento, se traducen en una importante asimetría en el poder de negociación que favorece a las empresas de mayor tamaño, sean estas poderes compradores o proveedores, situación que facilita la posibilidad de que la parte más fuerte en la relación comercial cometa abusos o se aproveche de esta condición en desmedro de la parte más débil.

Las conductas aludidas, en que una de las partes de una transacción abusa de su mayor poder de negociación con el objeto de obtener deslealmente ventajas comerciales o económicas, internacionalmente se han denominado prácticas comerciales injustas.

Aun cuando estas conductas pueden estar presentes en todos los mercados agropecuarios y forestales, la forma de enfrentarlas no necesariamente debe ser similar. Por este motivo, para separar su tratamiento, se han dividido en, por un lado, las que pueden ocurrir en los mercados de transacciones abiertas o spot, a las que se refiere la sección anterior; y por otro, en aquellas que se pueden ejercer en mercados de productos que están destinados a la industria de procesamiento o a la de distribución final, esta última considerando los productos que no requieren necesariamente procesamiento para su consumo, como son frutas y hortalizas por ejemplo, que pueden comercializarse directamente con empresas que atienden al consumidor. Para este tipo de mercados, y sobre la base del estudio específico de una propuesta para abordar las prácticas co-

merciales injustas realizado para Odepa (Veloza y Rojas, 2016), se plantea que la política pública de mejoramiento en la transparencia y funcionamiento de los mercados y cadenas de la agricultura y del sector forestal, debería enfocarse complementariamente en una normativa sectorial que promueva la formalización de las relaciones comerciales permanentes de provisión de productos, que prohíba y sancione el ejercicio de tales prácticas, y que establezca mecanismos de control o fiscalización del cumplimiento, considerando la institucionalidad responsable de su aplicación y procedimientos para la determinación de las infracciones y para la resolución de conflictos o diferencias entre las partes de la relación comercial.

Los objetivos para una política pública en esta dirección deberían considerar:

- i. la promoción de la buena fe y mejorar los estándares de conducta en las relaciones económicas y comerciales entre los agentes del mercado;
- ii. dar transparencia y certeza jurídica en las transacciones de los productos sectoriales;
- iii. el establecimiento de un estatuto sancionatorio, y
- iv. el acceso a la justicia.

En lo específico, la política sectorial de regulación de estas prácticas debería incluir los siguientes elementos sustantivos:

- I. una definición general de lo que constituye una práctica comercial injusta, que permita su comprensión por parte de la comunidad y la identificación adecuada para que el ente encargado del proceso infraccional pueda determinar su ocurrencia o, en su defecto, una tipificación precisa y no exclusiva de aquellas prácticas que se estime deben ser prohibidas;
2. la presunción de la existencia de desequilibrio en el poder de negociación en los casos que (i) una de las partes tenga la condición de micro, pequeña o mediana empresa y la otra no la tenga o, (ii) que una de las partes tenga la situación de dependencia económica respecto de la otra, entendiéndose por tal que la facturación de esta dependa en al menos un 25% de la parte más fuerte;
3. una definición sobre el ámbito de aplicación de la política, y que debería incluir a todas las transacciones mayoristas de productos y sus derivados de origen silvoagropecuario que se realizan en los mercados de las cadenas de la agricultura y del sector forestal, con la exclusión de aquellas transacciones del tipo a la vista o spot con pago al contado;
4. la obligación para la parte más fuerte de escriturar la relación comercial y conservar los contratos, cuando se cumpla la condición expresada en el punto anterior y en todos aquellos casos en que una de las partes sea un productor primario agropecuario o forestal;
5. la imposición de sanciones -multas- para quienes cometan prácticas comerciales injustas o que incumplan la obligación de escriturar los contratos y conservar los documentos;
6. el otorgamiento de las facultades fiscalizadoras del cumplimiento de la política a un órgano del Estado, preferentemente descentralizado y con patrimonio propio, que exista previamente o que sea creado por la misma política para esta finalidad;
7. la asignación de las atribuciones para la ejecución del proceso de califi-

cación de las infracciones, sea por denuncias recibidas o de oficio, que puede ser en el órgano que se define según el punto anterior o en una determinada instancia de la justicia como los tribunales de policía local, en cuyo caso solo actuará ante denuncias;

8. la asignación de la facultad de aplicar las sanciones por las infracciones, preferentemente a los tribunales de policía local o, en su defecto, al mismo órgano que ejecutaría el proceso de calificación de las infracciones;
9. dar competencia a los tribunales ordinarios civiles para conocer las acciones de indemnización de perjuicios por las infracciones derivadas de cometer prácticas comerciales injustas, posterior al establecimiento de la responsabilidad infraccional y que se tendrá por cosa juzgada;
10. el establecimiento de un procedimiento que permita ejercer acciones colectivas para solicitar la indemnización de los perjuicios ocasionados por las prácticas comerciales injustas, y
11. el establecimiento de un mecanismo o sistema de mediación administrado por la entidad fiscalizadora que ante denuncias de infracciones a la normativa permita a las partes comprometidas resolver de modo rápido y eficaz sus conflictos y de esta manera evitar procesos indemnizatorios.

Regulaciones en este ámbito han sido y están siendo implementadas en países con mayor desarrollo, como se destaca en la sección anterior, aun cuando la forma de establecer la regulación sea diversa en términos del tipo de legislación y de la institucionalidad encargada de su aplicación y control. Para el caso de Chile, en consideración al ordenamien-

to jurídico e institucional que existe en torno a los temas de libre competencia, competencia desleal y contratación, entre otros, parece apropiado que se aborde como una legislación específica de carácter sectorial. Es decir, se sugiere sea abordada como una ley especial para las cadenas de la agricultura y del sector forestal, siguiendo la línea de tratamiento diferenciado de este sector, dado sus características distintivas, como ya se ha hecho con la ley que regula las transacciones de productos agropecuarios y más recientemente con la ley del registro voluntario de contratos agrícolas.

Sin duda el esfuerzo público y privado será enorme para la implementación de una política pública como la propuesta, sin embargo, la certeza y transparencia que otorgaría al funcionamiento del mercado dará igual magnitud de resultado en la confianza de los agentes económicos, que podrán tomar decisiones mejor informadas, realizar inversiones menos riesgosas y contribuir al desarrollo armónico y sostenible de las cadenas de la agricultura y del sector forestal.

Es importante considerar que, aun cuando se propone establecer obligaciones que afectan a las empresas de mayor tamaño y para aquellas que son clientes o proveedores principales de empresas de menor tamaño relativo, este esfuerzo también contribuye a que los agentes económicos que actúan con transparencia y rectitud en el mercado puedan mejorar sus condiciones de competencia al reducirse, y esperablemente eliminarse, la participación de agentes que tienden a alejarse de las buenas prácticas comerciales y que, aunque puedan ser pocos, siempre están presentes en los mercados y afectan la competencia, competitividad y sustentabilidad en el desarrollo de las cadenas de valor sectoriales.