



**“ANÁLISIS SOBRE LA CREACIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS
REGULATORIOS QUE PROTEJAN A LAS EMPRESAS DE MENOR
TAMAÑO CONTRA LOS ABUSOS COMERCIALES”**

Informe Final

Santiago, Noviembre de 2008

Informe preparado para:



GOBIERNO DE CHILE

Subsecretaría de Economía

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. PRINCIPALES PROBLEMAS DE RELACIONES COMERCIALES QUE ENFRENTAN LAS PYMES EN CHILE.....	3
3. LA PROBLEMÁTICA DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO.....	12
3.1. IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LAS PYMES.....	12
3.2. FALLAS DE MERCADO	18
3.3. POLÍTICA DE COMPETENCIA	20
4. ALCANCES Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL QUE SUBYACE AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DE LA LIBRE COMPETENCIA	29
4.1. LA APROXIMACIÓN DESDE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE ESTADOS UNIDOS.....	30
4.1.1. <i>Los principios subyacentes a la legislación de Estados Unidos.....</i>	32
4.1.2. <i>La Robinson-Patman Act.....</i>	32
4.1.3. <i>Ley de Comercio justo de Miller-Tyding de 1937.....</i>	34
4.1.3.1. El Tratamiento Legal del MPR	38
4.2. LA APROXIMACIÓN DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	40
4.2.1. <i>La normativa europea.....</i>	40
4.2.2. <i>Cláusulas abusivas.....</i>	41
4.2.3. <i>Abuso de Dependencia Económica.....</i>	41
4.2.3.1. Abuso de Dependencia Económica en la Legislación Española	45
4.2.3.2. Abuso de Dependencia Económica en la Legislación Alemana	46
4.2.3.3. Abuso de la Dependencia Económica en la Legislación Italiana	47
4.2.3.4. Abuso de Dependencia Económica en la Legislación Francesa	48
4.2.4. <i>La preocupación europea por evitar el comportamiento predatorio.....</i>	48
4.3. LEGISLACIÓN PARALELA	49
4.3.1. <i>Corea.....</i>	49
4.3.2. <i>Australia.....</i>	51
4.3.3. <i>Reino Unido.....</i>	56
4.3.4. <i>Unión Europea.....</i>	59
4.3.5. <i>Indonesia</i>	62
4.3.6. <i>Japón.....</i>	63
4.4. LA REGULACIÓN Y LEGISLACIÓN EN CHILE.....	74
4.4.1. <i>Iniciativas regulatorias planteadas en nuestro país.....</i>	74
4.4.2. <i>El bien jurídico protegido por el Decreto Ley 211.....</i>	88
4.4.3. <i>El Tribunal de la Libre Competencia y su ámbito de acción.....</i>	90
4.4.4. <i>De cómo concurren los presupuestos de los ilícitos contra la libre competencia</i>	92
4.4.4.1. Explotación abusiva de poder de mercado	93
4.4.4.2. Sanciones del Tribunal de la Competencia ante cláusulas abusivas en los contratos	95
5. MERCADOS, CONTRATOS Y LIBRE COMPETENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO-LEGAL.....	96
5.1. PYMES Y CONTRATOS IMPERFECTOS	96
5.1.1. <i>Obligar a las partes a negociar completamente los contratos.....</i>	97
5.1.2. <i>Imponer por ley términos obligatorios a las partes.....</i>	98
5.1.3. <i>Evaluar en sede judicial, ex post y caso a caso los términos contractuales abusivos.....</i>	99
5.2. PODER DESIGUAL DE NEGOCIACIÓN	102
5.2.1. <i>Poder desigual y poder de mercado</i>	102
5.2.2. <i>Poder desigual y tamaño relativo.....</i>	103

5.3.	IMPRESIBILIDAD SUSTANCIAL ENTRE LAS PARTES	104
6.	EL ROL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA REGULACIÓN DE ABUSOS COMERCIALES CONTRA LAS PYMES	107
6.1.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA	107
6.1.1.	<i>AGIP con Líder</i>	107
6.1.2.	<i>Labbé con Shell</i>	109
6.1.3.	<i>Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra D&S S.A. y Cencosud S.A.</i>	109
6.2.	JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN CAUSAS DE POSICIÓN DOMINANTE	112
6.2.1.	<i>AGIP con Supermercados Líder</i>	112
6.2.2.	<i>Labbé con Shell Chile</i>	113
7.	JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	118
7.1.	JURISPRUDENCIA DE EEUU	118
7.1.1.	<i>Jurisprudencia que reconoce la primacia de proteger la competencia por sobre los competidores</i>	118
7.1.2.	<i>Jurisprudencia vinculada a causas de prácticas comerciales exclusorias</i>	119
7.1.3.	<i>Jurisprudencia de casos asociados al poder de mercado</i>	119
7.1.4.	<i>Jurisprudencia vinculada a casos de precios predatorios</i>	120
7.2.	JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	122
7.2.1.	<i>La sentencia Michelin</i>	122
7.2.2.	<i>La sentencia British Airways</i>	123
7.2.3.	<i>La sentencia Akzo</i>	123
7.3.	CONCLUSIONES RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA PRESENTADA	124
8.	CONSIDERACIONES FINALES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO-LEGAL	126
8.1.	IMPORTANCIA DE RELEVAR LOS EFECTOS ECONÓMICOS GENERALES POR SOBRE LOS EFECTOS PARTICULARES.....	126
8.2.	LA TUTELA A LA LIBRE COMPETENCIA POR SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS COMPETIDORES.....	126
8.3.	RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL 129	
8.4.	MECANISMOS VIABLES	133
9.	CONCLUSIONES DEL ESTUDIO.....	134
	BIBLIOGRAFÍA	139
	ANEXOS.....	144

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO 1: PRINCIPALES PROBLEMAS DE LAS PYMES, POR TAMAÑO DE EMPRESA.....	4
CUADRO 2: CONDICIÓN MÁS PROBLEMÁTICA IMPUESTA POR LOS GRANDES CLIENTES.....	5
CUADRO 3: PRINCIPALES PROBLEMAS DE LAS PYMES, POR SECTORES.	6
CUADRO 4: CALIFICACIÓN DE RELACIONES COMERCIALES ENTRE SUPERMERCADOS Y PROVEEDORES (%).....	8
CUADRO 5: COMPARACIÓN DE LEGISLACIÓN PARALELA	67

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA 1: POLÍTICAS COMERCIALES MÁS PERJUDICIALES APLICADAS POR SUPERMERCADOS.....	9
--	---



1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo forma parte de un estudio encargado por la Subsecretaría de Economía destinado al análisis de instrumentos regulatorios para la protección de empresas PyMEs frente a potenciales abusos comerciales. El presente documento corresponde al Informe Final, en el que se presentan antecedentes sobre:

1. Problemas de relaciones comerciales que están enfrentando las empresas de menor tamaño.
2. Jurisprudencia nacional de libre competencia y contractual más relevante vinculada a los problemas detectados en el punto anterior.
3. Normativas y su jurisprudencia más relevantes de otros países, distintas de aquellas sobre competencia y relaciones contractuales, que tengan como objetivo atenuar la presión comercial y competitiva sobre las empresas de menor tamaño.
4. Iniciativas regulatorias que se han planteado en nuestro país que declaren el mismo objetivo señalado en el punto anterior.
5. Jurisprudencia extranjera de libre competencia más relevante vinculada a prácticas abusivas entre empresas.
6. Impacto de las normativas señaladas en el punto 3, teniendo en consideración la jurisprudencia recopilada y procesada de acuerdo al punto 5.



7. A partir de todo lo anterior, se analiza desde una perspectiva económica y del derecho, tanto en términos conceptuales como prácticos, en qué medida la institucionalidad de la competencia y las normas sobre contratos son suficientes para hacer frente a las prácticas comerciales abusivas a las que estarían siendo sometidas las empresas de menor tamaño, y de no serio qué regulaciones adicionales serían recomendables.

De este modo, el estudio está conformado básicamente por dos componentes, uno de índole económico y otro de índole jurídica - legal.



2. PRINCIPALES PROBLEMAS DE RELACIONES COMERCIALES QUE ENFRENTAN LAS PyMEs EN CHILE

De acuerdo a la encuesta realizada por el Centro de Investigación de Políticas Públicas para la PyME (CIPYME)¹, los problemas más importantes para las empresas medianas serían las condiciones impuestas por los grandes clientes (35%), la falta de capital de trabajo (17.8%) y el exceso de burocracia y regulaciones (10.4%). Para las pequeñas empresas, los principales problemas son: condiciones impuestas por los grandes clientes (34%), la falta de capital de trabajo (22%) y la capacitación insuficiente del personal (8.5%). Tanto empresas medianas como pequeñas, al momento de priorizar los problemas que enfrentan, indican que las condiciones impuestas por los grandes clientes tanto del sector público como del sector privado² vienen a constituir el principal problema que enfrentan, ver Cuadro 1. Asimismo, en la encuesta se identifica el porcentaje de las ventas a grandes clientes que realizan las PyMEs. De la misma se halla, que el 36% de las empresas medianas vendería más del 60% de su producción a grandes clientes, mientras que el 25.4% de las empresas pequeñas estaría vendiendo más del 60% de su producción a grandes clientes.

¹ El CIPYME viene realizando en forma semestral encuestas a las pequeñas y medianas empresas. La primera encuesta se realizó entre diciembre de 2005 y marzo de 2006, la segunda entre agosto y diciembre de 2006 y la tercera entre julio y septiembre de 2007.

² La encuesta da a conocer el tipo de clientes con que cuentan las PyMEs, donde los clientes más frecuentes vienen a constituir los supermercados, las grandes tiendas y las empresas e instituciones del Estado.



Cuadro 1: Principales problemas de las PyMEs, por tamaño de empresa

Principal Problema	Tamaño de Empresa	
	Pequeña	Mediana
Condiciones impuestas por los grandes clientes	33,9%	34,8%
Falta de capital de trabajo	21,8%	17,8%
Capacitación insuficiente del personal	8,5%	5,6%
Falta de transparencia en los negocios	4,3%	4,1%
Requisitos excesivos para optar a propuestas públicas	4,7%	4,1%
Exceso de burocracia y regulaciones	7,0%	10,4%
Normas medioambientales	0,7%	0,6%
Dificultad para acceder a información relevante	0,8%	0,1%
Falta de flexibilidad laboral	1,0%	2,0%
Otro	2,2%	2,2%
Ninguno	15,0%	18,6%

Fuente: CIPYME (2008) "Tercer Informe Semestral de la Pequeña Empresa"

La tercera encuesta realizada por el CIPYME identifica las condiciones impuestas por los grandes clientes y cual de ellas representaría la condición que genera mayores problemas. En el Cuadro 2 se observa que los plazos de pagos unilaterales es la condición más problemática impuesta por los grandes clientes, tanto a empresas pequeñas como medianas.



Cuadro 2: Condición más problemática impuesta por los grandes clientes

Condiciones	Tipo de Empresa	
	Pequeña	Mediana
Descuentos arbitrarios	23,8%	25,4%
Plazos de pagos unilaterales	52,3%	53,9%
Imposición de condiciones en la post venta	16,9%	13,7%
Otra	7,0%	7,1%

Fuente: CIPYME (2008) "Tercer Informe Semestral de la Pequeña Empresa"

Por otra parte, a nivel sectorial, igualmente el relacionamiento con los grandes clientes sería el principal problema para todos los sectores. En relación a la falta de capital de trabajo, este constituye el siguiente problema para los sectores de Industria, Comercio y otros, no siendo así para el sector de servicios empresariales, donde la capacitación insuficiente del personal constituye la siguiente preocupación. Si bien en el tercer informe semestral no se cuenta con información sobre las regiones, cabe mencionar que de acuerdo al segundo informe del CIPYME, las condiciones impuestas por los grandes clientes representaba el principal problema en las Regiones V y VIII, con un 32%, seguido de falta de capital de trabajo con un 28%.



Cuadro 3: Principales problemas de las PyMEs, por sectores.

Problema	Sector			
	Industria	Comercio	Servicios Empresariales	Otros
Condiciones impuestas por los grandes clientes	36,6%	33,4%	38,2%	40,8%
Falta de capital de trabajo	22,0%	23,4%	7,6%	21,6%
Capacitación insuficiente del personal	5,4%	7,4%	12,9%	6,4%
Falta de transparencia en los negocios	4,0%	5,1%	5,8%	3,7%
Requisitos excesivos para optar a propuestas públicas	9,6%	2,1%	3,1%	5,2%
Exceso de burocracia y regulaciones	10,9%	8,7%	7,7%	8,9%
Las normas medioambientales	0,0%	0,0%	0,0%	1,0%
Dificultad para acceder a información relevante	0,2%	2,0%	0,0%	0,0%
Falta de flexibilidad laboral	0,2%	1,1%	3,4%	1,6%
Otro	4,0%	1,6%	0,0%	2,7%
Ninguno	7,1%	15,5%	21,3%	7,9%

Fuente: CIPYME (2008) "Tercer Informe Semestral de la Pequeña Empresa"

El resultado obtenido en la tercera encuesta realizada por el CIPYME confirma los resultados obtenidos en las dos primeras encuestas, donde también se señala las condiciones impuestas por los grandes clientes, como el principal problema que enfrentan las PyMEs. Esta situación evidenciaría problemas de negociación asimétrica del precio y las condiciones entre pequeños proveedores y grandes clientes. En el caso específico de la relación comercial entre proveedores medianos y pequeños y supermercados, el informe presentado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE, 2007) para la industria de supermercados,³ afirma que el mayor poder negociador de los supermercados frente a los proveedores, sugeriría que en las negociaciones los primeros están en condiciones de aprovechar la

³ Análisis económico de la industria de supermercados en el marco de la causa Rol N° 101/2006.



ventaja que entrega su posición, exigiendo mejores condiciones y, en particular, precios más bajos; aunque el ejercicio de poder de compra no sólo se limitaría a este aspecto, sino que también a la aplicación de cobros a proveedores.

Los resultados de la encuesta evidencian un cambio en la prioridad de los problemas enfrentados por las PyMEs. En el estudio realizado por Bravo et al. (2002), las PyMEs identificaron en orden de importancia los siguientes obstáculos: 1) competencia desleal, 2) funcionamiento del aparato estatal, 3) situación macroeconómica y 4) condiciones de financiamiento.

El estudio de opinión denominado *“Percepción de los Proveedores de Supermercados”* (Cumsille, 2007), confirma los resultados de las encuestas realizadas por el CIPYME, en relación a los conflictos que tienen los medianos y pequeños proveedores con sus clientes grandes. Se observa en el estudio, que para las cadenas de supermercados más importantes y con mayor participación de mercado, DyS y Cencosud,⁴ los proveedores en un 46% y 44% respectivamente, identifican las relaciones por parte de sus clientes como abusivas, comportamiento que se ve en menor proporción de parte de cadenas más chicas de supermercados (otros, 28.7%). Por ende, clientes que cuentan con mayor participación de mercado y por tanto, con mayor poder de negociación, proporcionan relaciones comerciales más conflictivas (ver Cuadro 4) para los proveedores, en especial para los medianos y pequeños.⁵

⁴ Ibid. [18] se señala en la pág. 34 lo siguiente “[...] poder de compra que actualmente ostentan los supermercados, en particular las empresas requeridas D&S y Cencosud”.

⁵ Ibid. [18] pág. 51 se señala: “[...] la inmensa mayoría de las empresas proveedoras no tiene poder de venta sobre los supermercados”.



Cuadro 4: Calificación de relaciones comerciales entre Supermercados y Proveedores (%)

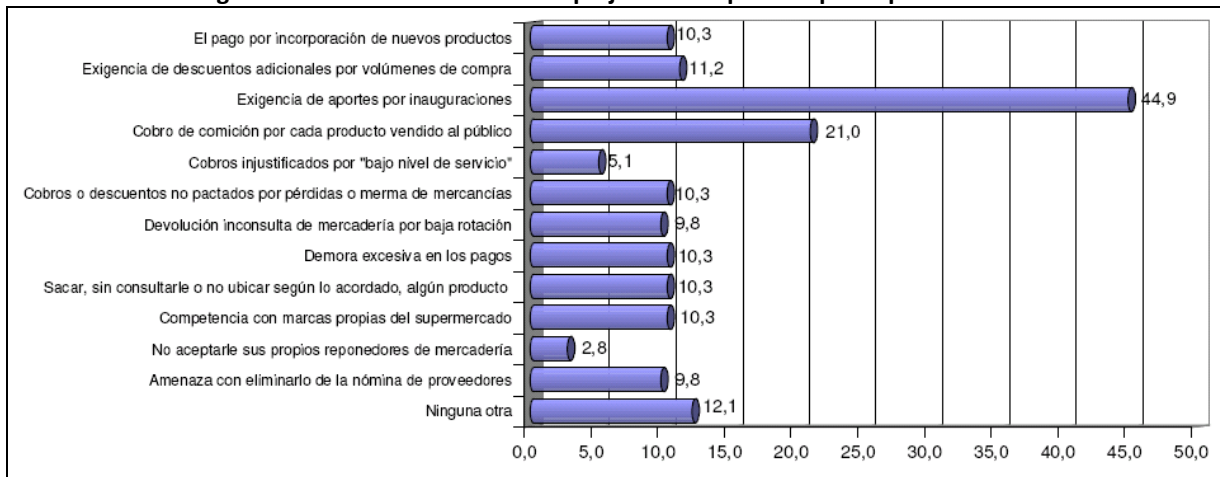
Relaciones	Cencosud	D&S	Otros
Abusivas	44.4	46.2	28.7
Equitativas	55.6	53.8	71.3
Colaborativas	63.9	63.9	78.3
Conflictivas	36.1	36.1	19.1
No responde	-	-	2.6
Número de proveedores	180	158	115

Fuente: Cumsille, G. (2007).

En relación a las situaciones consultadas como las más perjudiciales para los proveedores, como se observa en la Figura 1, el 44.9% afirma que la solicitud de exigencia de aportes por inauguraciones y reinauguraciones y el 21% por cobro de comisión por cada producto vendido al público, como las más desfavorables. Por otra parte, cuando se les pide evaluar la frecuencia de ocurrencia de estas prácticas en sus relaciones comerciales con las principales cadenas, el patrón se mantiene, es decir, que en las cadenas de supermercados con mayor participación de mercado ocurren más frecuentemente las exigencias de aportes y los cobros de comisión, vale indicar nuevamente, las prácticas más desfavorables para los proveedores.



Figura 1: Políticas comerciales más perjudiciales aplicadas por Supermercados



Fuente: Cumsille, G. (2007).

Por otra parte, de 214 proveedores entrevistados, el 64% califica como abusiva la política de cobros y descuentos que efectúan los supermercados a sus proveedores, mientras que un 26% indica que la política es equitativa tanto para proveedores como para supermercados. Al analizar las percepciones de los entrevistados respecto de cómo se habían establecido los cobros que efectúa cada una de las cadenas de supermercados, se observan opiniones similares para las cadenas más importantes: la mitad de los proveedores opina que estos son acordados previamente entre las partes, cerca de una cuarta parte, señaló que son establecidos previa discusión pero sin llegar a acuerdos y una quinta parte manifestó que eran impuestos sin discusión por los supermercados. Es decir, una proporción cercana al 50% de los entrevistados, considera que los cobros son impuestos, con matices respecto a si esta imposición es precedida o no por una discusión entre el proveedor y el supermercado.



En relación al plazo promedio con que las cadenas de supermercados pagan a los proveedores, un 40% manifestó que los pagos se efectúan entre 61 y 90 días, un tercio indicó que lo hacen entre 31 y 60 días y como el 10% señaló que los pagos se realizaban a 30 días o menos. Donde el pago entre 61 y 90 días es más frecuente en las dos cadenas más grandes. De acuerdo al informe de la FNE (2007), los supermercados variarían los plazos de pago en función de la capacidad negociadora del proveedor, en el caso de los grandes abastecedores, por ejemplo, Procter&Gamble, Nestlé, se establecen plazos de pago inmediatos (una semana), admitiendo pagos a un plazo máximo de 30 días y sin condicionamiento alguno. Estas prácticas abusivas (plazos de pago excesivos, descuentos arbitrarios, etc.) derivadas del posicionamiento de mercado de algunos clientes de las PyMEs podría poner en riesgo la sobrevivencia de las mismas, donde los problemas de estas empresas no serían atribuibles a ineficiencias propias de su operación, sino al abuso de posición dominante por parte de algunos grandes clientes.

Entre las políticas de solución planteadas que mayor consenso generaron entre los proveedores consultados se tiene la implementación de acuerdos comerciales (28.5%) y la regulación y fiscalización del trato para con los proveedores (28%).

Considerando, las cadenas de supermercados, las grandes tiendas de departamentos y las cadenas de farmacias, se observa una concentración en la comercialización al detalle, esta concentración tendría efecto uno sobre sus proveedores, medianos y pequeños y sobre los medianos y pequeños competidores. Esta concentración al detalle, vendría a perjudicar a sus medianos y pequeños competidores en el sentido de que estos últimos



no accederían a los mismos descuentos que los primeros en las compras de insumos o mercaderías. Sobre este último, existen antecedentes⁶ en la FNE donde se indica que los montos de descuento al que acceden, en este caso, cadenas de farmacias, en algunos casos podría ser discriminatorios, en el sentido que dichos descuentos no estarían a disposición de las farmacias independientes y no estarían debidamente justificados.⁷

De este análisis queda claro que el mayor problema que enfrentan las PyMEs son las condiciones impuestas por sus grandes clientes. En específico para el sector de supermercados se observa que a mayor participación de mercado serían más adversas las condiciones de negociación para los pequeños y medianos proveedores, sin mencionar que dichas prácticas serían más recurrentes. Estas condiciones se deben al poder de negociación que estos grandes clientes tienen, identificándose, por lo tanto, una falla de mercado. Existe un aprovechamiento de la posición y tamaño cuando se realizan transacciones entre empresas, lo que representa un llamado a la formulación de políticas públicas dirigidas a solucionar dicha falla.

⁶ Resolución # 862 de la Comisión Preventiva.

⁷ Señala la FNE, que los descuentos por volumen se justifican en cuanto buscan aprovechar economías de escala en la producción o comercialización de los productos farmacéuticos, no son aceptables si buscan discriminar arbitrariamente entre clientes.



3. LA PROBLEMÁTICA DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO

Con el objetivo de entender la racionalidad económica detrás de la protección de las Pequeñas y Medianas Empresas (PyMEs) a través de instrumentos regulatorios, en el presente informe se revisan dos aspectos fundamentales: Primero, se discute la importancia del rol de las PyMEs en un contexto económico; segundo, se presenta un análisis de las potenciales fallas de mercado que podrían dar origen a la intervención del Estado en términos de nuevos instrumentos regulatorios de protección a las PyMEs.

3.1. Importancia Económica de las PyMEs

En la literatura económica la importancia de la pequeña empresa se justifica en parte por el rol que tendría este sector en el bienestar de la economía. Esta visión ha sido generalmente aceptada en muchos países, especialmente desde que Birch (1979) demostró la importancia de las empresas pequeñas en la generación de empleo. Generalmente se argumenta que los gobiernos deben promover a las PyMEs por los grandes beneficios económicos que generan en comparación a las grandes empresas. Esto en términos de empleo, eficiencia y crecimiento. A pesar de esto, últimamente se han cuestionado los beneficios netos que supuestamente generarían las PyMEs. A continuación revisaremos ambas líneas argumentativas.

Las políticas para promover el desarrollo de las PyMEs son comunes tanto en países desarrollados como en desarrollo. En el caso de los primeros, ha sido y es común la práctica de desarrollar políticas a favor de estas empresas, esto ha coincidido con la creciente importancia que las mismas han tenido en



términos de contribución al empleo y al crecimiento del producto de la mayoría de las economías desarrolladas.

En los países miembros de la OECD más del 90% de las empresas son PyMEs. Una reciente nota de prensa de la Cámara de Comercio Europea⁸ resalta la importancia de las PyMEs en las grandes economías como sigue:

- En la Unión Europea (UE) representan el 99.8% de las firmas, generando 2/3 del total de empleos ofrecidos por el sector y donde son responsables por el 57.4% del producto.
- En los Estados Unidos (EEUU) el 99.7% de las firmas son PyMEs, empleando el 50.3% de la fuerza laboral y generando el 40% de la actividad económica.
- Para Japón, la participación de estas empresas es del 99%. En el sector manufacturero, ocupan el 72% de la fuerza laboral y contribuyen el 52% del total del producto manufacturero.
- En China, el 99% de las empresas son PyMEs, ocupando el 73% de la fuerza laboral y generando el 60% del producto.

En el caso de las economías en desarrollo, políticas destinadas a asistir a las PyMEs han constituido un punto importante de la política industrial y ayuda multilateral de los programas extranjeros. Las pequeñas empresas estarían jugando un rol importante en el alivio de la pobreza.

⁸Eurochambers, Press Release: *Small in size, but giants in economy: SMEs need a strong WTO.* http://www.eurochambres.be/PDF/pdf_press_2007/40-JointStatementWTOpublicForum5Oct07.pdf



La importancia en la economía de las PyMEs varía a través de los países y dentro de un país a través de las diversas fases de desarrollo. Estudios comparativos en manufactura muestran un patrón común de transformación de la distribución por tamaño de las firmas a medida que la industrialización avanza. En promedio, el rol de las pequeñas empresas tendería a disminuir a medida que el país se va desarrollando más. Sin embargo, el proceso de globalización caracterizado cada vez por mayores flujos de comercio y de capital, apertura de mercados y liberalización, ha resultado en un sourcing (outsourcing?) global y de mercadeo para empresas grandes. Outsourcing y la creciente participación de los pequeños negocios en las cadena de oferta de las grandes y tradicionales corporaciones ha presentado altas oportunidades para las pequeñas empresas. Por lo tanto, el declive tradicional de la importancia de las PyMEs en los países en desarrollo puede cambiar en el futuro.

Las PyMEs serían responsables por una significativa parte de la fuerza laboral tanto en países desarrollados como en desarrollo. Sin contar que estas comprometen también una parte significativa del sector privado. Entonces puede argumentarse que, sólo considerando la importancia que tienen estas empresas en la economía, las PyMEs merecen atención y protección por parte de los gobiernos.

Sin embargo, existen cuestionamientos sobre la verdadera significancia de las PyMEs en la economía. Por ejemplo, sobre la formación de empleos. Las PyMEs serían importantes para el crecimiento del empleo, sin embargo afirma Hallberg (2000) que la evidencia no apoya esta noción. Mientras la tasa bruta de crecimiento de empleo es sustancialmente más alta para las firmas



pequeñas, también lo es la tasa bruta de pérdida. Esto es porque las firmas pequeñas tienen tasas más altas de entrada y salida del mercado y muchas de ellas fallan en sus objetivos de crecer como empresas. En países desarrollados la tasa neta de generación de empleo no exhibiría una relación sistemática con el tamaño de la firma.⁹ Hallberg (2000) señala que habría cierta evidencia de una conclusión similar para los países en desarrollo.

En esta misma línea de cuestionamiento sobre la importancia económica de las PyMEs. Un nuevo estudio¹⁰ comparativo entre países y entre firmas el cual analiza el impacto de las PyMEs, no halla evidencia suficiente para sustentar la amplia creencia de que las PyMEs promueven el desarrollo económico y contribuyen a la reducción de los niveles de pobreza (Beck y Demirgüç-Kunt, 2004; 2005). Estos resultados serían consistentes con la visión de que un amplio sector de PyMEs es consecuencia o característico de una economía con alto crecimiento, pero no causa su rápido crecimiento.

Por otra parte, en el mismo estudio se muestra evidencia de que un ambiente efectivo para la realización de negocios, sí genera crecimiento. Un ambiente de negocios competitivo tendría un rol positivo sobre la entrada, productividad y crecimiento económico. A diferencia de las PyMEs habría evidencia de que un buen ambiente de negocios no sería sólo una característica de economías exitosas sino que también tendría un papel

⁹ La atribución que se da a las PyMEs por creación neta de empleo se da por la pérdida relativa de empleos en las grandes firmas (caso EEUU) y no por que las mismas sean robustas en la creación de empleo, Edminston (2007).

¹⁰ La discusión se basa en el análisis que realizan Beck y Demirgüç-Kunt (2004, 2005) sobre el documento de investigación: Ayyagari, Meghana, Thorsten Beck, and Asli Demirgüç-Kunt (2003) “Small and Medium Enterprises across the Globe: A New Database.” World Bank mimeo.



importante en este éxito. Estos resultados tienen importantes implicaciones para la política pública, pues sugieren que en vez de subsidiar directamente las PyMEs, el enfoque de la política debería estar en desarrollar y fortalecer los ambientes para la realización de negocios, en formas que promueven la competencia y facilitan las transacciones comerciales para todas las firmas.

Por otra parte habría evidencia sustancial de que las firmas pequeñas enfrentan más restricciones para su crecimiento (Beck y Demirgüç-Kunt, 2005). Muchas de las políticas relacionadas con las PyMEs, están basadas en la desventaja que estas tendrían frente a las firmas grandes. Estudios realizados sobre los obstáculos que enfrentan las PyMEs han concluido que los mismos son similares tanto para países desarrollados como en desarrollo. La tendencia reciente en ambos tipos de economías sugeriría que la política pública se está enfocando más hacia el mercado y a nivelar la competencia entre empresas pequeñas y grandes (*level playing field for all enterprises*), Harvie y Chye-Lee (2003).

En resumen, la promoción y protección a las PyMEs, se encuentra justificada por la importancia económica de las mismas:

"Governments worldwide recognize the importance of small and medium-sized enterprises (SMEs) and their contribution to economic growth, employment, social cohesion, and local development. Small firms have a significant role to play in alleviating poverty and in lifting regions and countries out of under-development, or in facilitating the transition from planned to market economies" OECD (2001), pág.9.



Sin embargo, la evidencia empírica es mixta, lo que hace difícil justificar la promoción de las PyMEs sobre la base de beneficios puramente derivados de su tamaño, Hallberg (2000). Por otra parte, los argumentos tras la asistencia a las PyMEs no contarían con una justificación económica (Harvie y Chye-Lee, 2003).

Hallberg (2000) señala que el argumento económico tras la intervención para la protección y promoción de las PyMEs es que constituye una estrategia de desarrollo del sector privado, la cual reconoce que la mayoría de las firmas son pequeñas y que las mismas pueden enfrentar diferentes tipos de obstáculos y oportunidades que las firmas grandes¹¹ y que los tipos de instituciones e instrumentos que mejor se acomodan a sus necesidades pueden no ser los mejores en mercados que se hallan distorsionados y segmentados.¹² Por tanto, se justifica la intervención del gobierno con una política orientada al mercado resolviendo entre otros las fallas de mercado que originan desventajas para las PyMEs.

Sin embargo, es importante considerar que puede ser potencialmente dañino encasillar empresas pequeñas (grandes) como innovativas, dinámicas o generadoras de crecimiento cuando hay tanta diversidad en los tipos de negocios en ambos grupos. Esta heterogeneidad puede presentar problemas para la formulación de políticas públicas para pequeñas empresas como

¹¹ Las PyMEs constituyen el mayor porcentaje de las firmas y de empleo.

¹² Se justificaría un enfoque selectivo, es decir diferenciación entre empresas pequeñas y grandes. Esta visión es compartida también por Quartey (2001), quien señala que las pequeñas firmas requieren de protección contra aquellos comportamientos en contra de la ley, siendo importante que los gobiernos al momento de la formulación de políticas de regulación tomen en cuenta las diferencias en tamaño de las firmas. En este sentido, los obstáculos que enfrentan las PyMEs difieren de los que enfrentan las grandes empresas, siendo además diferente el patrón de desarrollo para ambos tipos de firmas.



grupo. Entonces, la base para el diseño de políticas específicas para un sector debe depender de la identificación de fallas sean estas en mercados, o firmas que estén comprometiendo el sector, por ejemplo.

3.2. Fallas de Mercado

Los elementos que determinan el tamaño de una firma y por ende el tamaño de la distribución de firmas en la economía están dados por: economías de escala, costos de transacción y estructura del mercado. Esta distribución no es estática y varía en el tiempo, el tamaño de la firma responderá a cambios en la composición de la producción, en los costos de transporte y de transacción. Si bien, no existe un ideal sobre el tamaño de la distribución de las firmas, si hay un equilibrio del tamaño de la distribución, determinado por la dotación de los recursos, la tecnología, el mercado, las leyes y las instituciones, Hallberg (2000).

Algunos de los factores que determinan el tamaño de la firmas son “naturales” y por lo general no son foco de intervención, sin embargo, otros elementos como ser el grado de competencia pueden ser influenciados por la política pública.

La presencia de fallas de mercado es el argumento económico tras la intervención gubernamental. Los teoremas fundamentales del bienestar establecen condiciones bajo las cuales los equilibrios competitivos de mercado son óptimos de Pareto. Las circunstancias para estos resultados son bien conocidas: i) consumidores y productores toman los precios como dados; ii) producto homogéneo; iii) información perfecta; iv) libre entrada y



salida de los mercados y v) la ausencia de externalidades. Bajo estas condiciones los mercados representan la mejor forma de asignar los recursos.

La presencia de fallas de mercado se refiere a una situación en la cual alguna de las condiciones anteriores no se cumple y por lo tanto no se puede confiar en el mercado para alcanzar resultados óptimos. La **competencia imperfecta** es una fuente importante de falla de mercado, ante ésta no se produce una asignación eficiente de los recursos.

Para el caso específico de las pequeñas empresas se reconoce que hay fallas de mercado [Harvie y Chye-Lee (2003), Hallberg (2000), Beck y Demirgüç-Kunt (2005), Motta (2004)]. Uno de los obstáculos típicos para el desarrollo de empresas pequeñas sería la presencia de competencia desleal en los mercados, las PyMEs serían vulnerables al poder de mercado y competencia por parte de firmas grandes [Nootboom (1988), Quartey (2001)].

Esta competencia desleal puede derivarse por: uno de la concentración del mercado, es decir hay pocas empresas en el mercado y estas se hallan dispuestas a mantener sus niveles de participación y otro que aún si el mercado no evidencia concentración las firmas grandes pueden aprovecharse de su tamaño para coludir, tomar ventaja de su posición y tamaño cuando se realizan transacciones entre empresas, etc. Esta conducta anticompetitiva reduce la capacidad de las pequeñas firmas de entrar y/o mantenerse en los mercados.



Es importante destacar que la concentración del mercado ha sido tradicionalmente asociada con el ambiente propicio para explotar el poder de mercado por parte de las firmas. Sin embargo, esto no es necesariamente cierto. Como indica Symeonidis (2000), una mayor competencia reduce los márgenes de beneficios y el número de firmas que pueden sobrevivir en el mercado. Según el autor, esto significa que la autoridad no debe dar preferencia a su preocupación respecto a los niveles de concentración sobre la necesidad de asegurar que la competencia siga efectiva, esto es, las firmas no se involucran en prácticas anticompetitivas y no se crean barreras a la entrada al mercado.¹³

3.3. Política de Competencia

Al momento de hacer un análisis de la política de competencia, debemos considerar dos tópicos que si bien se encuentran relacionados pueden tener distintas implicancias a nivel teórico, práctico y de política pública. Uno es la aceptación explícita o consideración como uno de los objetivos de la ley de competencia la protección de las PyMEs; y el otro es el tratamiento que se pueda dar mediante la ley a los problemas derivados del poder del comprador (monopsonio, oligopsonio).

¹³ En la misma línea, el documento de la Fiscalía Nacional Económica de 2006 denominado “*Política y Derecho de la Libre Competencia: ¿Qué hay aquí para la Micro y la Pequeña Empresa?*”, hace una citación textual del libro de Engel y Navía “*Que gane el más mejor*”, donde se afirma lo siguiente: “*Con frecuencia se argumenta que existe una relación directa entre el número de empresas en un mercado y el grado de competencia existente. La idea sería “mientras más empresas, más competencia”. Lo anterior se cumple, pero sólo en el corto plazo. Si se consideran períodos más largos, sin embargo, la relación anterior se revierte y se tiene una regla distinta: un mercado en el cual se compite más intensamente tendrá un menor número de firmas. En efecto, una mayor intensidad en la competencia llevará a que la suma de las utilidades de todas las firmas del sector sea menor, lo que permitirá financiar los costos fijos de menos participantes. [...] La pregunta clave, entonces, es cuán fuerte es la competencia, no cuantas empresas compiten [...]”*”.



En el primer caso, la tensión entre los objetivos puros de competencia y otros objetivos de política pública, crean un dilema sobre qué clase de derechos proteger. Este dilema toma mayores proporciones cuando una política de competencia busca igualar las condiciones de competencia para las PyMEs (participación justa y equitativa de las PyMEs), Kampel (2004). Este dilema se refleja en la diferencia de enfoque que presentan las políticas de competencia de los países.

Los EEUU, tiene en la actualidad¹⁴ una política de competencia basada prácticamente en la eficiencia económica, Kampel (2004). Dentro de la legislación americana se protege el proceso competitivo y no al competidor. Entre algunos ejemplos, se tiene la Robinson – Patman Act, la cual prohíbe la discriminación en precios y previene a los proveedores vender sus productos haciendo discriminaciones en precios y condiciones según el tamaño de la venta. Esta medida indirectamente beneficia a los pequeños compradores al nivelar la competencia por compras, pero no existe de manera explícita una protección a los pequeños y medianos competidores.

El enfoque americano contrasta con el de la UE, donde la política de competencia incorpora otros objetivos aparte del de eficiencia y bienestar del consumidor. En la UE, la política de competencia, tiene entre otros objetivos la protección de los competidores y la viabilidad de las pequeñas empresas; se reconoce la vulnerabilidad de estas empresas frente a las más

¹⁴ En los años 60 y 70 los EEUU favorecían la protección de los pequeños competidores, aun a expensas de pérdidas de eficiencia. Este enfoque se modificó en los años 80, donde el objetivo principal de la política de competencia se centró en la eficiencia económica. Bajo esta propuesta se dejó al mercado operar bajo el principio de eficiencia, maximizando economías de escala en lugar de proteger a los pequeños competidores de las empresas grandes. Bajo esta doctrina, la ley de competencia sólo debe intervenir cuando el mercado produce resultados ineficientes. Otras consideraciones político sociales no son relevantes.



grandes, en particular si en el mercado existen pocas empresas capaces de utilizar su poder de mercado. En este sentido, las PyMEs se encuentran protegidas bajo principios de competencia justa.

En el caso de la UE se reconoce que un mercado competitivo proporciona la mejor garantía para el desarrollo de las PyMEs. Por ello, la UE ha establecido una política de la competencia estricta que protege a las PyMEs de las prácticas desleales. Se indica que: "*En la medida en que el mayor potencial de crecimiento y creación de puestos de trabajo reside en las PYME europeas, ellas serán las primeras beneficiarias de este planteamiento*".¹⁵

En este sentido, la UE esta tomando entre otras medidas:

- Protección contra abuso de posición dominante: se prohíben los comportamientos contrarios a la competencia por parte de las empresas que ocupan una posición dominante en el mercado. Así también se prohíben aquellas fusiones o adquisiciones que generan o consolidan una posición dominante. Sin embargo, las fusiones que envuelven empresas pequeñas no son monitoreados.
- Prohibición de acuerdos anticompetitivos. Sin embargo, existen excepciones (regla de minimis), se permiten acuerdos "pequeños",¹⁶ es

¹⁵ Tomado de: Europa necesita a las PyMes y las PyMes necesitan a Europa. Dossier de prensa (2006).

¹⁶ En la ley de competencia japonesa también se hace una excepción de la aplicación de la ley para la asociación de pequeñas empresas: "*Trade associations which were founded with the purpose of mutual support among small-scale entrepreneurs or consumers or with the purpose of the wholesome development of them*". Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade, artículo 8, punto 2. Esta excepción se hace con el propósito de permitir a aquellas firmas pequeñas que son incapaces de competir en forma individual con grandes empresas, formar asociaciones que constituyan unidades económicamente efectivas de competencia.



decir formados por PyMEs, y/o basados en la participación de mercado.¹⁷ También existen exenciones por categoría, se da permiso a una clase de acuerdos,¹⁸ por ejemplo, en especialización e investigación y desarrollo; en particular la excepción en especialización es de utilidad para las PyMEs.¹⁹

Algunos de los estados miembros de la UE favorecen aun más en sus leyes de competencia a las PyMEs. Como ejemplo, se tiene Alemania. La ley de competencia alemana²⁰ permite la cooperación entre PyMEs bajo ciertas condiciones, tanto para compensar las desventajas competitivas que poseen las mismas como para permitir a las mismas competir con grandes empresas.

Motta (2004), indica que el trato “favorable” a las empresas pequeñas por parte de la política de competencia, no estaría necesariamente en contraste con los objetivos de eficiencia económica y de maximización del bienestar, siempre y cuando este limitado a proteger dichas firmas del abuso de grandes empresas, es decir políticas enfocadas a corregir la falla de mercado. Sin embargo, si se ofrece ayuda para la sobrevivencia de firmas pequeñas cuando éstas no se encuentran operando en forma eficiente, se estaría en contraposición con el objetivo primordial de la política de

¹⁷ Diferencia entre acuerdos horizontales y verticales, 5% del mercado en el primer caso y 10% en el segundo. Esto aplica a nivel de la UE, estos umbrales pueden ser más elevados dentro de algunos de los estados miembros, por ejemplo, en Alemania, en acuerdos horizontales es del 10% y en verticales de 15%.

¹⁸ La UE cuenta con la *Cooperation Notice* (nota publicada en 1968) donde la Comisión estableció que ciertos tipos de acuerdos realizados entre empresas no eran catalogados como acuerdos anticompetitivos. Estos acuerdos incluyen la investigación de mercado conjunta, el intercambio de información aunque con ciertas limitaciones, la elaboración conjunta de estadísticas, el uso de instituciones crediticias y de colección de deudas comunes, mercadeo y publicidad, la utilización conjunta de instalaciones de producción, de equipo de transporte y de almacenamiento. Este aviso es útil en particular para las PyMEs, ya que son estas empresas las que tienen mayor tendencia a utilizar estos acuerdos.

¹⁹ Para más referencias ver el documento de Vesterdorf (2001).

²⁰ Act against Restraints on Competition (ARC), sección 3.



competencia, situación que incentivaría una asignación ineficiente de los recursos y contribuiría a mantener los precios altos en la economía.

Habría que ser muy cauteloso cuando, en materia de política de competencia se habla de “defensa de las firmas pequeñas”. Al respecto Motta (2004) hace referencia a la visión que se tiene en la UE. El autor indica que la Comisión Europea parece haber tomado la visión de que las PyMEs en comparación con las grandes firmas son empresas más dinámicas, con mayor probabilidad de generar innovación y empleos en comparación con las grandes firmas. Esto representa un argumento para promover las PyMEs, aunque la evidencia sobre los beneficios es ambigua. El argumento para un uso sistemático de una política de competencia para ayudar a las PyMEs,²¹ sería muy débil. Las pequeñas empresas tienen problemas por la falta de infraestructura apropiada, mercados imperfectos, etc.; pero dichas dificultades serían mejor administradas por medio de una intervención directa del gobierno a la raíz del problema y no con el uso de instrumentos como la política de competencia donde sus objetivos no se alinean con dichos

²¹ Una discusión similar es realizada por Kampel (2003) sobre el caso de la Ley de Competencia de Sud África. Uno de los objetivos de dicha Ley es “asegurar que empresas pequeñas y medianas tengan una oportunidad equitativa de participar en la economía”. Kampel indica que la Ley manda específicamente la atención sobre los intereses de las PyMEs. En teoría constituye una ley pro PyMEs (SME-friendly), puesto que proclama la protección de los intereses de estas empresas mediante la promoción para el acceso a mercados, así como también en reconocer sus derechos de participar en la economía. Sin embargo, la aplicación de la Ley de competencia puede ser algunas veces incompatible con los intereses de las PyMEs. La dificultad es que precisamente firmas grandes e integradas pueden ser más eficientes que su contraparte (Pyme). Las grandes empresas son capaces de apalancar su relativa ventaja en el mercado para aprovisionarse a menores costos y para alcanzar beneficios asociados a escala, beneficios que las PyMEs no pueden igualar; reduciendo por ende, los precios finales. Kampel señala que los regímenes de competencia más sofisticados, se adhieren a una política de competencia que protege la competencia misma a expensas de proteger firmas individuales, las cuales pueden no ser capaces de ofrecer entre otros los precios más bajos. Si bien a nivel óptimo, los mercados deberían asegurar precios y servicios, estos también funcionan apropiadamente cuando eliminan a los competidores ineficientes. Indiscutiblemente la presencia de competidores independientemente de su tamaño hacen que un mercado sea más competitivo y por lo tanto, requieren de protección también. Kampel, señala que no siempre se entiende esta dicotomía lo que conlleva una aplicación errada de las leyes de competencia.



problema. Existiría el riesgo de generar distorsiones adicionales en el entorno competitivo, puesto que se estaría dando una solución imperfecta a la fuente de los problemas.

Sobre este último tema, de la literatura revisada no se encuentra una posición única. Por un lado, las políticas públicas destinadas a proteger y promocionar, en este caso específico la competencia desleal, deben estar enfocadas a corregir propiamente la falla de mercado independiente del tamaño de la firma.²² La competencia desleal puede estar presente tanto para empresas grandes como para empresas pequeñas, por lo tanto, se está introduciendo una corrección para solucionar un problema que puede ser común a todas las firmas independientemente de su tamaño.²³ Por otro lado, Quartey (2001) hace una explícita referencia de que la formulación de políticas de regulación tomen en cuenta las diferencias en tamaño de las firmas.

Por otra parte, las leyes de competencia también pueden incluir objetivos de equidad y de justicia forzando a las firmas a ser respetuosas tanto con los consumidores como con sus rivales. Motta (2004), hace el cuestionamiento de que se entiende por justo y equitativo en el mercado y si está o no en línea con el criterio de bienestar económico. Por ejemplo, analiza el caso de pequeñas tiendas vs. grandes cadenas de supermercados. Señala que en muchos países se tiene la preocupación de que las grandes cadenas de

²² Lo que se denomina crear un mejor ambiente para la realización de negocios, el cual es independiente del tamaño de la firma. Esta visión sería compartida por: Harvie y Chye-Lee (2003), Hallberg (2000), Beck y Demirgüç-Kunt (2005) y Motta (2004).

²³ Ibid [6]. Se indica que en materia de libre competencia, la especial protección de pequeñas empresas, por la sola circunstancia de ser tales, no cabe.



supermercados exploten las economías asociadas a los grandes volúmenes que manejan, contando por tanto con poder de negociación y comprando a precios menores de los proveedores. Esta situación les permite vender a precios menores al consumidor, forzando eventualmente a los pequeños y medianos comercios a cerrar sus operaciones. Algunos argumentan que esta situación sería injusta, viéndose la necesidad de que estas pequeñas tiendas sean protegidas por ley. Motta argumenta que este tipo de decisiones no se basan en los principios básicos de eficiencia. Donde existan economías de escala en el mercado, las firmas más grandes tendrán menores costos y serán más competitivas. Las firmas pequeñas que no pueden alcanzar la escala mínima eficiente de producción o distribución tendrán que, o recibir menores ganancias o salir del mercado. Bajo este proceso, las firmas más eficientes deberían quedar en el mercado, generando con ello menores precios y beneficios para los consumidores, por tanto, la intervención de este proceso, limitando la habilidad de las grandes firmas de cobrar menores precios reduciría el nivel de bienestar de la sociedad.

Sin embargo, si consideramos la situación, por ejemplo, de una cadena de supermercados con alta participación de mercado que de forma sistemática cobra precios por debajo de los costos con el objetivo de sacar del mercado a la competencia, se tiene un situación de predación de precios, la cual es injusta y va en detrimento del bienestar de la sociedad. Después de la salida de la competencia del mercado, el supermercado cobrará precios de monopolio. En este caso la equidad y la eficiencia van de la mano, al limitarse una conducta como la predación de precios. Motta concluye que la búsqueda de equidad ex ante, es decir que las firmas cuenten con



similares oportunidades de inicio en el mercado, es compatible con la política de competencia, la cual debería garantizar dicha equidad para todas las firmas (*level playing field*). Sin embargo, una equidad ex post, esto es, resultados iguales de la competencia del mercado, no necesariamente es compatible con la política de competencia.

Este problema de la equidad nos lleva a discutir el trato que la política de competencia le da al poder del comprador. Debido al cambio en la venta minorista (tendencia hacia grandes tiendas – one stop shop), estas tiendas han experimentado importantes cambios en su participación de mercado, lo que ha implicado cambios en la naturaleza de su relación comercial con sus proveedores. La mayor participación de mercado ha permitido aumentar su habilidad para ejercer poder de compra sobre los proveedores, permitiéndoles obtener descuentos y otras concesiones, lo que refuerza su competitividad frente a sus competidores y aumenta su poder para imponer condiciones a los proveedores. Esta concentración en el mercado minorista está llevando a las autoridades de competencia a preocuparse por los efectos adversos que dicha concentración tiene sobre la competencia tanto a nivel del mercado minorista como del de proveedores y sobre todo a analizar el alcance que la actual política de competencia tiene sobre el tópico. Sin embargo, abordar estos problemas por medio de la actual política de competencia no resulta simple. En primer lugar, el poder del comprador tiene claramente efectos negativos sobre los proveedores, sin embargo, su impacto sobre el bienestar económico es ambiguo. En el corto plazo, el poder del comprador, no afectará al consumidor o incluso aumentará el bienestar de este último (menores precios) siempre y cuando el mercado



minorista permanezca competitivo. En el largo plazo, el panorama no es tan claro, la competencia en el mercado minorista puede verse reducida como efecto del poder de mercado.

En segundo lugar, existe en la literatura económica una discusión sobre el trato que la ley de competencia debe darle al tópico de monopsonio. La pregunta más importante que resume esta discusión es: ¿debe este ser simétrico al del monopolio?. El análisis de las implicancias de competencia del poder del comprador requeriría de las mismas herramientas y análisis económico del poder de mercado del vendedor, pero las medidas para medir este poder y efectos serían diferentes ya que se necesita reflejar la diferencia económica entre ambos tipos de poder de mercado. El análisis específico sería diferente exactamente porque vendedor y comprador tienen diferentes incentivos. Existe un reconocimiento de que el poder del comprador esta creando problemas anticompetitivos así como el poder del vendedor, pero el análisis de competencia se ha centrado principalmente en este último. Se plantea el desarrollo de un mejor entendimiento de las características únicas del poder del comprador y por lo tanto, apropiadas formas de medir. Una simple transposición de los criterios del “monopolio” puede derivar en fallas en el análisis [Dobson et al. 1998; Dobson, 2002; Carstensen, 2004; Noll, 2005].



4. ALCANCES Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL QUE SUBYACE AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DE LA LIBRE COMPETENCIA

La libre competencia es un elemento esencial en el buen funcionamiento de una economía de mercado, pues constituye un potente incentivo para una asignación eficiente de los recursos disponibles, al tiempo que los protege de los abusos que sus competidores pudieran cometer.

En una primera aproximación, la competencia es una situación en el que el bienestar del consumidor no es mejorable a través de una orden judicial o administrativa que lleve a cambiar las cosas hacia otra situación. Según este esquema, el bienestar del consumidor se maximiza mediante la eficiencia económica, y por lo tanto cualquier actividad que tenga como consecuencia una reducción del volumen de producto final (*output*) será económicamente ineficiente, perjudicará al consumidor y ha de ser por ello perseguida por la legislación antitrust. Este criterio es el que más fuertemente ha impulsado el cambio que el Derecho antitrust ha experimentado en Estados Unidos en los últimos años.

Desde una segunda perspectiva, de carácter más continental y europea (sobre todo alemana) la competencia se puede definir como *"la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota de mercado posible, ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en*



*responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado"*²⁴

Para efectos de acotar entonces el análisis, este tiene como elemento subyacente previo el necesario debate de cuál es el bien jurídico protegido con la libre competencia.

4.1. La Aproximación desde la Legislación y Jurisprudencia de Estados Unidos

En Estados Unidos el Derecho de la libre competencia ha tendido a centrar su análisis en la promoción de la competencia desde la perspectiva de la eficiencia.

Uno de los académicos más reputados en esta materia, Richard Posner, afirma que *"la competencia ha de entenderse como la maximización del bienestar del consumidor, o si lo prefiere, de la eficiencia económica. En una palabra, su objetivo (del Derecho antitrust) es la máxima eficiencia económica que nos lleve al mayor nivel de riqueza posible. La distribución de dicha riqueza o la consecución de objetivos de índole no económica son objeto de otras leyes y están fuera del ámbito de los jueces que deciden casos de antitrust"*²⁵. La aproximación que proponer Posner exige entonces un análisis económico porque los tribunales deberán juzgar sobre el posible conflicto cuando éste aparece entre las pérdidas de eficiencia derivadas de

²⁴ CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación", *RGD*, núm. 583, Abril 1993, Pág. 3383.

²⁵ POSNER, R. A., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago.



la asignación de recursos y las ganancias derivadas de un uso eficiente de dichos recursos.

Complementa Posner que *"la alternativa populista a una política antitrust diseñada para promocionar la eficiencia económica a través de limitar la actuación del monopolista sería una política que restringiera la libertad de acción de los grandes negocios para alentar la creación de pequeños negocios"*. Estas palabras reflejan fielmente los dos términos que han estado presentes en gran parte de la discusión en la doctrina norteamericana: la eficiencia económica, y la protección de los intereses de los pequeños negocios. Esta corriente de análisis en el Derecho antitrust ha estado, en los últimos treinta años, mantenida por los postulados de la denominada *Escuela de Chicago*. Desde este sector se da prioridad al bienestar del consumidor y al objetivo rector de la eficiencia en el derecho antitrust, así como a la importancia del análisis económico.

Ahora bien, entre los múltiples objetivos o fines que se han presentado como alternativa a la maximización del bienestar del consumidor, ninguno se alza con tanta fuerza como la cuestión de la protección de los intereses de los pequeños comerciantes o pequeños negocios, que es frecuentemente formulada en la doctrina con la expresión *"proteger a los competidores en vez de la competencia"*. El mismo autor complementa sus postulados al señalar que *"la aplicación del Derecho antitrust puede resultar ser un instrumento inefectivo para intentar proteger los intereses de los pequeño comerciantes en su conjunto, ya que los objetivos del Derecho antitrust y los objetivos de éstos no son siempre compatibles en un plano fundamental"*.



Una aproximación más reciente, la Escuela de Harvard, aporta una visión asociado a un horizonte temporal más amplio para juzgar los fines y objetivos del Derecho de la Libre Competencia y sugiere que *"en el largo plazo, los fines principales de las leyes antitrust reflejarán un equilibrio entre los objetivos de eficiencia económica y desarrollo de mercado"*²⁶.

4.1.1. Los principios subyacentes a la legislación de Estados Unidos

La legislación de Estados Unidos destinada a evitar posibles conductas monopólicas señala en la sección 1º de la Ley Sherman, que se condenan y prohíben *"los contratos que restringen el comercio"* y también la sección 2º que hace lo mismo con respecto a *"la monopolización y los intentos de monopolización ... de un mercado particular"*. También la sección 2º de la Ley Clayton prohíbe conductas cuyo efecto pueda *"reducir substancialmente la competencia o tienda a crear un monopolio en cualquier línea de comercio, o lesione, destruya o impida la competencia"*.

4.1.2. La Robinson-Patman Act

En Estados Unidos, a parte de la regulación general antitrust, la ley que regula la discriminación de precios es la *Robinson-Patman Act*, cuya génesis está ligada al enfrentamiento de los pequeños comerciantes con las grandes cadenas comerciales. En efecto, entre 1920 y 1930 estas últimas experimentaron un importante crecimiento, llegando a triplicar su cuota de mercado, en detrimento de los pequeños comercios. Al emplear su poder de mercado para obtener importantes rebajas y descuentos de sus suministradores dejaban a los pequeños comercios indefensos ante una

²⁶ BLAKENEY, M., "Price Discrimination Laws: An Economic Perspective", 1981.



práctica que las leyes entonces vigentes no prohibían²⁷. Esta legislación federal fue acompañada por leyes estatales de protección frente a la competencia desleal y, en buena parte de los estados, por impuestos especiales a las cadenas de supermercados, cuyo objetivo no era la eficiencia económica o el bienestar de los consumidores, sino la protección de comercios pequeños o introducir precios mínimos de venta.

Ahora bien, desde su promulgación esta ley ha recibido numerosas críticas de los académicos, incluso en considerandos de fallos por parte de los jueces de la Corte Suprema como se verá en capítulos posteriores de este trabajo, por entender que con ella no se conseguía ni una mejora competitiva ni una mejora del bienestar sino que simplemente se protegía al pequeño comerciante frente a las grandes cadenas, lo que en muchas ocasiones significaba "*proteger al ineficiente a expensas del eficiente*". Así, por ejemplo, en la sentencia del caso Utah Pies (1967) los magistrados Stewart y Harlan afirmaron que "*el Tribunal Supremo ha caído en el error de interpretar que la Ley Robinson-Patman protege a los competidores, en vez de la competencia*"²⁸. Con todo, es importante reconocer que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido bastante contradictoria, ya que no es infrecuente encontrar decisiones que a lo largo del tiempo van diciendo cosas distintas, e incluso en una misma sentencia aplicar esta legislación y a la vez reconocer su efecto anticompetitivo.

²⁷ Este intento legislativo se complementó con la Miller-Tydings Act de 1937 que facultaba a fijar el precio de venta de los minoristas si las leyes estatales lo permitían y por la Mc Guire Act de 1952 que obligaba a todos los distribuidores a seguir los precios de venta fijados, aún cuando no estuvieran de acuerdo.

²⁸ Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967)



4.1.3. Ley de Comercio justo de Miller-Tyding de 1937

El Mantenimiento del Precio de Reventa (MPR), o “comercio justo”, es la práctica en la que una entidad superior (por ejemplo, un fabricante) establece un precio mínimo (o a veces, un precio máximo), el que también se requiere que sea establecido por una entidad menor (por ejemplo, un vendedor minorista), en sus esfuerzos de venta. Debido a que el MPR establece el precio de reventa, inmediatamente podemos comprender que el fabricante no es el beneficiario directo de dicha acción, ya que sus ganancias están determinadas por el precio de sus ventas al por mayor. Esencialmente, una vez que se ha fijado el precio al por mayor, el MPR establece el margen al por menor.

Ahora bien, ¿de qué manera el MPR podría ser anticompetitivo? Transformándose en una cubierta o facilitando el mecanismo que establezca un precio o un cartel horizontal, serían dos de las posibles explicaciones para que ello ocurriera. Así, una posibilidad es un cartel que se interponga entre los fabricantes y que les impida observar los precios al por mayor entre cada uno de ellos, pero sí puedan observar el de los minoristas. Lo que les haría temer que las “guerras de precios” entre sus minoristas pudiese tentar a los fabricantes independientes a rebajar los precios al por mayor en forma abrupta. La mantención del precio de reventa evitaría que se produjera esta situación.

Otra opción, es que el MPR estuviese motivado por un cartel distribuidor (entre un grupo de distribuidores que poseen poder de mercado colectivo, siempre que logran coludirse) que considere que no pueden coludirse sin



una ayuda externa. En consecuencia, le solicitan a uno o más fabricantes que establezcan el MPR con el fin de reforzar su cartel.

Estas ideas del MPR, motivadas por el cartel, además de la creencia general de que este último afecta al consumidor, debido a que implica precios más elevados, prevalecieron hasta la década del sesenta, y fueron reforzadas por la experiencia de los años treinta, donde las presiones políticas ejercidas por pequeños minoristas (especialmente farmacéuticos) dieron paso a la aprobación de leyes de comercio justo para el comercio interno y a la aprobación por parte del Congreso de la Ley de Comercio Justo de Miller-Tyding de 1937, la cual permitía establecer el MPR como una opción para aquellos bienes involucrados en comercio interno y vendidos en el estado relevante.

Sin embargo, esta percepción general del MPR como elemento anticompetitivo y dañino para los consumidores, comenzó un lento proceso de retirada cuando Telser (1960) presentó la primera explicación sobre la eficacia del "*free-rider*" para el MPR. En primer lugar, Telser apuntó a que un fabricante, aparentemente, podría presentar pérdidas sólo provenientes de un mayor margen minorista. Cualquier retorno anormal para el minorista actúa como impuesto sobre un determinado producto, apropiándose de un ingreso que podría haber pertenecido al fabricante.

Utilizar el MPR para imponer un mayor margen minorista podría beneficiar al fabricante sólo si esta medida fuera necesaria para lograr que los minoristas entreguen un servicio que beneficie más a los consumidores que el gasto que ellos significan a los minoristas.



Un ejemplo²⁹ de este fenómeno, sugerido por Telser, es la entrega de información u otros servicios en los puntos de venta, por lo cual el minorista no puede cobrar un pago extra. Supongamos lo siguiente: Un fabricante de un ítem complicado-por ejemplo, un receptor stereo- cree que su producto tendría mejores posibilidades de venta si el minorista entrega un excelente servicio en el punto de venta, como por ejemplo, información, modelos de demostración, y la posibilidad de conectar el receptor con otras combinaciones de equipos estereos, incluso a pesar de que este servicio de alto nivel sea más costoso y signifique que el receptor tendrá un mayor precio al por menor que si no contase con dichos servicios. Sin embargo, a menudo nos encontramos con dificultades para cobrar un pago extra por estos servicios. Bajo dichas circunstancias, algunos minoristas podrían intentar establecer el equivalente de tiendas por catálogo, obligando a los clientes a obtener la información y las demostraciones necesarias en el depósito de un minorista cercano y luego regresar a la tienda por catálogo, la que podría vender el producto incluso a un precio menor (debido a que la tienda “virtual” no tiene costos extras por entrega de información y demostraciones del producto). Es decir, este tipo de minorista elimina el ítem de servicio completo; No obstante, los minoristas con servicio completo perderían algunas ventas, ninguno desea contar con dicho servicio por ese producto, y las ventas del fabricante se verían afectadas.

Una solución para el fabricante sería insistir en que todos los minoristas entreguen un amplio rango de servicios; sin embargo, podría ser bastante

²⁹ Ha habido numerosas elaboraciones sobre el tema de Telser desde 1960; Vea Butz(1977) para una reciente contribución.



difícil fiscalizar que esto se cumpla. Una alternativa sería establecer un sistema de MPR. Al ordenar que todos los minoristas vendan al mismo precio, el fabricante eliminaría la ventaja de precios del minorista por catálogo, reduciendo de esa manera, el problema del "free-riding". Es decir, al restringir la competencia de precios entre los minoristas, el fabricante los obligaría a competir entre ellos mismos sobre la base del servicio (como por ejemplo, precios uniformados, un servicio mejorado, lo cual, presumiblemente, sería la forma de atraer y mantener a los clientes). Si es más fácil para el fabricante fiscalizar la aplicación del MPR que la aplicación de los servicios de venta de los minoristas, entonces el MPR podría ser el método elegido³⁰.

A primera vista, incluso si el fabricante impusiera un MPR unilateral podría considerarse poco competitivo. Después de todo, está restringiendo la competencia de precios entre sus minoristas. Sin embargo, si el fabricante tiene la convicción de que un excelente servicio minorista es mejor para la venta del producto, este resultado se traduciría en un mayor grado de satisfacción para los consumidores³¹. Desde otro punto de vista, es posible considerar que el fabricante podría integrar verticalmente, establecer sus propios depósitos minoristas, especificar el precio minorista del producto vendido en dichos depósitos, e instruir a sus propios empleados a que entreguen un servicio de calidad junto con las ventas del producto.

³⁰ Podría ser cierto si fuera más fácil para el fabricante verificar las ventas de liquidación- en respuesta a las quejas de otros minoristas- que verificar la falta de un servicio adecuado.

³¹ Para teorías de que incluso un MPR unilateral no sería del interés de los consumidores, ver Scherer (1983), Comanor (1985), y Comanor y Kirkwood (1985). Para una crítica de dichas teorías, ver White (1985).



¿Sería esta última situación considerada anticompetitiva? El MPR, en consecuencia, obtiene el mismo resultado.

4.1.3.1. El Tratamiento Legal del MPR

En contraste con los cambios en la percepción económica del MPR apuntados más arriba, el tratamiento legal de éste ha permanecido inmutable. En el caso del Dr. Miles Medical³², de 1911, la Corte Suprema declaró al RPM una violación *per se* de la Sección 1 de la Ley de Sherman; esto es, esta forma de moderación vertical fue ubicada en la misma categoría de las prácticas condenadas como fijación de un precio horizontal entre competidores (y, de hecho, el MPR a menudo se define como “fijación de un precio vertical”). Ocho años más tarde, en el caso Colgate de 1919, la Corte Suprema pareció hacer una excepción al declarar,

Ante la ausencia de propósito alguno para crear o mantener un monopolio, la ley no restringe el, ampliamente reconocido, derecho de un comerciante o fabricante involucrado en un negocio privado, a ejercer con total libertad su discreción independiente así como a las partes con las que él negociará. Y, por supuesto, podría anunciar por anticipado las circunstancias bajo las que se negará a vender³³.

Así, parecía ser que un fabricante podría dar cumplimiento legal a un programa de MPR, simplemente anunciando los esperados precios minoristas por adelantado y negándose a negociar con cualquier minorista que no estuviera adherido a dichos precios. Sin embargo, la Corte rápidamente

³² Dr. Miles Medical Co. V. John D. Park & Sons Co. 220 U.S.373 (1911).

³³ Estados Unidos v. Colgate Co., 250 U.S. 300, 307 (1919).



cerró esta posibilidad, al hallar en reiterados casos³⁴ que los esfuerzos de los fabricantes por hacer cumplir el MPR entre sus distribuidores, constituían acuerdos entre ambas partes y, por lo tanto, violaban la Ley de Sherman, consistente con el Dr. Miles Medical. En innumerables casos posteriores, la Corte ha reiterado su condena al MPR como una violación³⁵ *per se*. En 1968, la Corte incluso condenó al MPR en una situación en la que un periódico intentó imponer los precios máximos de reventa a sus distribuidores³⁶. En 1977, la Corte revertió su decisión con respecto a este último punto y en forma unánime declaró que el máximo MPR debiera ser juzgado bajo el reglamento de la razón; la Corte específicamente afirmó, sin embargo, que "*los acuerdos para fijar precios... permanecen dentro de la ilegalidad per se.*"³⁷

La Corte Suprema no ha sido para nada consistentemente severa con respecto a restringir la fijación vertical de precios -por ejemplo, las instrucciones de un fabricante a los distribuidores sobre el lugar donde podrían establecerse o el área donde vender. En este punto, en 1967³⁸, luego de condenar dichas prácticas como una violación *per se*, la Corte, en 1977, revertió su decisión y las declaró en vez de mantenerlas sujetas al reglamento de la razón³⁹. Esta disparidad en el tratamiento legal es sorprendente, debido

³⁴ Ver Estados Unidos v. Schrader's Son, Inc. 252 U.S. 85 (1920); Frey & Sons, Inc. V. Cudahy Packing Co. 256 U.S. 208 (1920); y FCT v. Beech-Nut Packing Co., 275 U.S. 441 (1922).

³⁵ Ver Estados Unidos v. Bausch & Lomb Optical Co., 321 U.S. 707 (1944); Estados Unidos v. Parke, David & Co. 362 U.S. 29 (1960); y Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 13 (1964).

³⁶ Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968).

³⁷ State Oil Co. V. Khan, 66 L.W. 4001, 4005 (1997).

³⁸ Estados Unidos v. Arnold, Schwinn y Co., 388 U.S. 365 (1967).

³⁹ Continental T.V. v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977). State Oil Co. V. Khan, 66 L.W. 4001 (1997). Esta medida revocó la decisión anterior de la Corte Suprema, Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968), que había declarado al MPR máximo como una violación *per se* en la tradición del Dr. Miles Medical Co.



a que la lógica económica que subyace a las dos formas de moderación vertical es muy similar, y ambas (las dos moderan la competencia entre los distribuidores del producto de un fabricante) pueden provocar que los precios minoristas de un determinado producto sean mayores que en la ausencia de dicha práctica⁴⁰.

4.2. La Aproximación de la Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

El objetivo que persigue la política de competencia de Europa es el mantenimiento de mercados competitivos⁴¹. Esta política sirve de instrumento para fomentar la eficacia industrial, la óptima asignación de recursos, el progreso técnico y la flexibilidad para adaptarse a un entorno cambiante. Desde esta perspectiva continental y europea la competencia se puede definir como *"la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota de mercado posible, ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado"*⁴².

4.2.1. La normativa europea

El Tratado de Roma establece en su artículo 82 que *"será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar*

⁴⁰ Ver White (1981).

⁴¹ http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/1999/es.pdf

⁴² CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación", núm. 583, 1993.



al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo."

4.2.2. Cláusulas abusivas

La Unión Europea ha sido especialmente activa en la regulación de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por PYMES y consumidores con grandes compañías. Conforme a su regulación, los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a tal Directiva⁴³. En particular en España, el artículo 10 LGDCU condenaba las cláusulas abusivas, y contenía un listado de cláusulas consideradas nulas por atentar contra los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones.

4.2.3. Abuso de Dependencia Económica

Se considera como abuso de dependencia económica⁴⁴ a la situación en la cual un gran comprador exige al proveedor condiciones especiales de suministro y la actividad de este último depende en gran medida de las compras del primero. El interés en este tópico aumentó cuando la concentración en ciertas industrias aumentó significativamente y las empresas se involucraron en prácticas anticompetitivas que dañaban a los negocios pequeños. En particular varios países europeos (Francia, Alemania,

⁴³ Dicha regulación fue aprobada por el Consejo de las Comunidades Europeas a través de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.

⁴⁴ Los principales tipos de abuso de dependencia económica son: discriminación, negación de venta o compra, precios excesivos y la imposición de términos comerciales injustos.



Suiza, Italia, Portugal y España) cuentan con legislación específica para regular este problema.

Alemania fue el primer país europeo en desarrollar el concepto de abuso de dependencia económica para proteger a firmas pequeñas en sus transacciones con grandes clientes y proveedores. En la ley de competencia alemana⁴⁵ se prohíbe cualquier forma de discriminación por parte de empresas dominantes [sección 20(1)], el inciso dos extiende esta norma a cualquier otra empresa mientras mantengan relaciones contractuales con PyMEs: *"Paragraph 1 shall also apply to undertakings and associations of undertakings insofar as small or medium-sized enterprises as suppliers or purchasers of certain kinds of goods or commercial services depend on them in such a way that sufficient and reasonable possibilities of resorting to other undertakings do not exist. A supplier of a certain kind of goods or commercial services shall be presumed to depend on a purchaser within the meaning of sentence 1 if this purchaser regularly obtains from this supplier, in addition to discounts customary in the trade or other remuneration, special benefits which are not granted to similar purchasers"*.⁴⁶

La ley en Francia prohíbe la explotación abusiva⁴⁷ por parte de una empresa o un grupo de empresa, del estado de dependencia económica de un cliente o proveedor, el cual no tiene otra alternativa de compra/venta

⁴⁵ *Act against Restraints on Competition*, para mayor referencias consultar: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/06_GWB_7_Nouvelle_e.pdf.

⁴⁶ Ibid. sección 20(2).

⁴⁷ Se reconocen dos tipos de abusos (en particular en la legislación europea). El primero es el abuso explotativo y engloba conductas comerciales basadas en los precios, tales como precios excesivos, discriminación de precios, bajos precios pagados a los proveedores. La segunda categoría corresponde a los abusos de tipo exclusionario, que tienen por objetivo excluir firmas rivales, y comprende conductas empresarias tales como precios predatorios, compresión de margen (margen squeeze), negativa a comerciar entre otras.



equivalente. El artículo L 420-2 del Código de Comercio, en relación al abuso de posición dominante señala: *"Quedará prohibida la explotaci3n abusiva de una posici3n dominante en el mercado interno o una parte substancial de éste por parte de una empresa o un grupo de empresas, en las mismas condiciones previstas en el artículo L.420-1. Estos abusos podrán sobre todo consistir en la denegaci3n de la venta, en ventas subordinadas a otras o en condiciones de venta discriminatorias, así como en la ruptura de relaciones comerciales establecidas por el simple motivo de que la otra parte se niegue a someterse a condiciones comerciales injustificadas. Además estará prohibida la explotaci3n abusiva, por parte de una empresa o un grupo de empresas, del estado de dependencia econ3mica en el que se encuentre con relaci3n a una empresa cliente o proveedora, si pudiera afectar al funcionamiento o a la estructura de la competencia. Estos abusos podrán consistir en particular en la denegaci3n de la venta, en ventas subordinadas a otras o prácticas discriminatorias citadas en el artículo L.442-6".*⁴⁸

Italia también ha introducido reglamentaci3n en relaci3n al abuso de dependencia econ3mica, pero no por intermedio de la ley de competencia, K llezi (2007). Como consecuencia el artículo 9 de la ley italiana de subcontrataci3n industrial, contiene una provisi3n relacionada al abuso de dependencia econ3mica. Sin embargo, en este no existe una referencia al concepto de posici3n dominante y tampoco se ha modificado la ley de competencia,⁴⁹ K llezi. La dependencia econ3mica se define como un

⁴⁸ C3digo de Comercio francés versi3n en español:

http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/textcom.htm

⁴⁹ La autoridad italiana de competencia puede aplicar las reglas relacionadas a abuso de dependencia econ3mica contenidas en la ley de subcontrataci3n industrial.



estado de falta de balance económico. El ejemplo de Italia muestra que el concepto de dependencia económica no necesariamente es adoptado por todas las autoridades de competencia.⁵⁰ La posición tomada por la autoridad de competencia italiana refleja el riesgo de confundir los objetivos de la ley de competencia –estrictamente hablando, relacionados a eficiencia económica– con otros objetivos, como los que equidad, relacionados a proteger al competidor débil.

La legislación portuguesa igualmente prohíbe el abuso de un proveedor o un comprador de una situación de dependencia económica donde su contraparte no cuenta con una alternativa equivalente en sus relaciones comerciales. En el caso particular de Portugal en la legislación relacionada a las prácticas de negociación abusivas –prácticas individuales que afectan el comercio– están prohibidas “*per se*”,⁵¹ es decir, no están sujetas a una prueba del impacto económico que tome en cuenta su naturaleza y efectos limitados sobre la competencia.

En cuanto al impacto que habría tenido este tipo de normativas, Dobson (2002) indica que en general las medidas adoptadas por los países miembros de la UE han tenido poco impacto en restringir el poder de compra del sector minorista. En particular las leyes de dependencia económica, habrían sido

⁵⁰ Dobson (1999), el límite hasta el cual el concepto de dependencia económica es apropiado en el diseño de la política de competencia es aun discutible. Mientras la dependencia resulte en efectos adversos en el bienestar –las ganancias que se dan en el corto plazo producto de las rebajas que los minoristas hacen en sus precios son superadas por las pérdidas en eficiencia a largo plazo como consecuencia de elevar costos y/o reducir la calidad como consecuencia de la subinversión de los proveedores– concierne a la política de competencia. Caso contrario, será mejor si el concepto es abordado por leyes sobre competencia injusta (por ejemplo, cuando es sólo un problema de distribución de rentas económicas).

⁵¹ Ver: *Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio*; en: <http://www.concorrencia.pt/Legislacao/Nacional.asp>



poco efectivas para proteger a los proveedores del comportamiento oportunista de sus grandes clientes. Uno de los problemas relacionados a estas medidas esta dado por el miedo a represalias (pérdidas de contratos) que tendrían los proveedores para presentar denuncias y la incertidumbre de ganar el caso cuando es notoriamente difícil demostrar i) dependencia, ii) abuso y iii) efecto en el mercado.

4.2.3.1. Abuso de Dependencia Económica en la Legislación Española

Se debe tener presente como marco referencial la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia en España que sanciona de manera expresa conductas abusivas cuando prescribe que:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no supongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad.”

La figura jurídica de abuso de dependencia económica ha sido introducida en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia español como una modalidad del abuso de posición dominante. Para que opere debe cumplir determinados requisitos, a saber: la existencia de una situación de dependencia económica, la comisión de una práctica abusiva, y que esta práctica tenga un efecto anticompetitivo.



Desgraciadamente la Ley de Defensa de la Competencia española no proporciona una definición del concepto de dependencia económica, aunque la ley vincula esta situación a la falta de alternativas equivalentes para el desarrollo de la actividad de la empresa cliente o proveedora. Así, se puede concluir que se encuentran en situación de dependencia las empresas clientes o proveedoras respecto de otra, que ostenta una situación de poder relativo en el mercado, de forma que la empresa cliente o proveedora no puede prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con la empresa que tiene el poder relativo sin que su capacidad en el mercado se vea afectada de manera significativa. De aquí que la doctrina aplique la denominación de empresa fuerte a la que tiene ese poder relativo y la de contratante obligatorio a la que está frente a ella.

4.2.3.2. Abuso de Dependencia Económica en la Legislación Alemana

La promulgación en Alemania en 1909 de la primera Ley de Competencia Desleal hizo que se conociera en Europa una ley caracterizada por un marcado carácter jurídico privado, en donde prima la tutela individual sobre la general y la pretensión de lo que se denominó como “neutralidad político-económica”: la protección de los intereses comerciales de los empresarios (grandes o pequeños) no debiera estar necesariamente asociada a definiciones de orden público económico.

Sin embargo, esta construcción individualista de la competencia desleal se cambia a partir de la promulgación en 1957 de la correspondiente Ley de Defensa de la Competencia. Este acercamiento conceptual entre ambas normativas se construye sobre la idea de que las dos tienen, en su base, un



elemento común: el objetivo de asegurar el buen funcionamiento del mercado.

A partir de esa normativa es que de manera más reciente la jurisprudencia Alemana ha incorporado el concepto de Abuso de Dependencia Económica, para juzgar aquellas conductas de dominación ejercidas por un contratante sobre otro en una relación bilateral.

4.2.3.3. Abuso de la Dependencia Económica en la Legislación Italiana

Los abusos de determinadas empresas se deben muchas veces a la dependencia económica o tecnológica de empresas más pequeñas, sobre todo si su producción es especializada. Un buen ejemplo puede ser la Ley italiana, de 18 de junio de 1998, que regula la disciplina del subsuministro en la actividad productiva, la cual prevé, en el artículo 9, una cláusula general de dependencia económica, para corregir, en su caso, las cláusulas que introducen un excesivo desequilibrio entre las partes⁵². Para algunos, no se trata, en realidad, de una ley de competencia, pero, al menos, pone de manifiesto que en determinadas situaciones se debe intervenir en el contrato –celebrado entre empresarios- desde fuera cuando es contrario a la buena fe. Hay autores que incluso piensan que la protección proporcionada por las normas del Derecho de la Competencia son más que suficientes para solventar los problemas que brotan en una contratación entablada entre empresarios.

⁵² R. Natoli, “El abuso de la dependencia económica: el contrato y el mercado”. Nápoles, 2004.



4.2.3.4. Abuso de Dependencia Económica en la Legislación Francesa

De acuerdo con el artículo L430-9 del Código de Comercio Francés⁵³, el Consejo de la Competencia podrá, en caso de explotación abusiva de una posición dominante o de un estado de dependencia económica, solicitar al Ministro de Economía para que junto con el Ministro encargado del sector económico correspondiente, requiera por medio de una orden motivada, a la empresa o al grupo de empresas infractoras, la modificación, el complemento o la rescisión en un plazo determinado de todos los acuerdos y de todos los actos por los que se hubiera realizado la concentración de la potencia económica que ha permitido los abusos, aunque estos actos hubieran sido objeto del procedimiento previsto en el presente título.

4.2.4. La preocupación europea por evitar el comportamiento predatorio

Mención especial merece la preocupación europea frente a potenciales comportamientos predatorios, siendo en la práctica más agresiva que la asumida por las jurisdicciones de Estados Unidos. De hecho, países como Francia o Bélgica prohíben a grandes cadenas vender por debajo del costo, penalizando incluso a supermercados que utilizaban esta práctica comercial. En el capítulo de análisis de la jurisprudencia asociada a esta materia se

⁵³ Introducido por la Ley n° 2001-420 de 15 de mayo de 2001 Artículo 91 Diario Oficial de 16 de mayo de 2001.



recogen ejemplos de cómo los organismos jurisdiccionales europeos han dado resguardo a esta preocupación⁵⁴.

4.3. Legislación Paralela

4.3.1. Corea

La autoridad de competencia coreana KFTC (por sus siglas en inglés *Korea Fair Trade Commission*) ha buscado y busca nivelar las condiciones entre grandes empresas y PyMEs, asegurando para ello un ambiente competitivo para las PyMEs. La ley de competencia (*Monopoly Regulation and Fair Trade Act – MRFTA*) prohíbe las prácticas comerciales desleales⁵⁵ así como el abuso de posición dominante.⁵⁶

La legislación de competencia ha sido complementada con otras tres medidas específicas para proteger el desarrollo de las PyMEs de las prácticas comerciales desleales que puedan derivarse de grandes empresas. Estas tres medidas están dadas por:

- **Ley de subcontratación equitativa (*Fair Subcontract Transactions Act*):** Esta destinada a atenuar las desventajas que puedan presentarse para las PyMEs en las transacciones de subcontratos que pueden darse por la asimetría en el poder de negociación entre PyMEs y empresas grandes. El contratante en este tipo de transacciones claramente cuenta con una posición dominante, existiendo por ende, los incentivos para incurrir en

⁵⁴ Un ejemplo palpable es el caso Akzo de 1985, donde la comisión de competencia de la Comunidad penalizó a la empresa por abuso de posición dominante por realizar descuentos que presumiblemente llevaban sus precios por debajo del costo.

⁵⁵ Artículo 23 (Prohibition on Unfair Business Practices) del MRFTA.

⁵⁶ Artículo 3.2 de la ley de competencia.



prácticas desleales, por ejemplo, discriminación para con la empresa subcontratada o reducción indebida del monto de pago por el contrato. Por tanto, el principal objetivo de esta ley es balancear los poderes de negociación entre las partes contratantes, creando un ambiente competitivo para los pequeños y medianos subcontratistas. Entre otros, la ley prohíbe establecer precios de contrato por debajo de los estándares observados en las respectivas áreas donde se realiza la subcontratación; contar con prácticas discriminatorias sin que las mismas se hallen debidamente justificadas; reducciones excesivas del precio del subcontrato y la obligación de pago dentro del plazo de 60 días de recibido. Esta ley cubre las industrias de manufactura y construcción el sector servicios.

- **Ley para la transacción equitativa de franquicias (*Fair Franchise Transactions Act*):** La ley tiene como propósito promover el bienestar de los consumidores e incentivar un mayor desarrollo de la economía, mediante la institución de un sistema de transacciones justo, transparente, racional y balanceado de franquicias. Por tanto, la ley prohíbe, entre otros los siguientes comportamientos: i) la negativa de ofrecer productos o servicios, o el soporte para la operación de actividades; ii) restringir o limitar el precio de los bienes y servicios; iii) cualquier acto que ocasione una desventaja a la franquicia. La ley ofrece también de mecanismos de resolución de disputas.
- **Notificación de los tipos y criterios para prácticas desleales en el sector de de distribución minorista (*Notification on the Types of and Criteria for Special Unfair Business Practices Relating to Large Retail Store Business*):** El



objetivo de esta notificación es la definición de aquellas prácticas consideradas como desleales y que se derivan enteramente del poder de negociación de una de las partes contratantes en este caso del minorista y prohíbe la práctica de comportamiento abusivo por parte de las grandes tiendas minoristas sobre sus proveedores. Entre otros, los comportamientos que se identifican como abusivos y excesivos son: reducción de precios, retraso en el pago a proveedores y devolución de productos.

La KFTC ha tomado una posición activa para determinar y corregir las violaciones a este tipo de leyes mediante la investigación de las transacciones; esto debido a que se estima que las PyMEs no serán efectivas en el sentido de denunciar prácticas anticompetitivas o desleales por miedo a las represalias que puedan tomar las empresas contratantes.

Cabe indicar que no se ha encontrado información sobre el impacto de estas medidas.

4.3.2. Australia

La ley de competencia australiana busca promover un ambiente competitivo y equitativo para el desarrollo de PyMEs eficientes e innovativas,⁵⁷ para ello, se prohíben: conductas anticompetitivas (carteles, fijación de precios), prácticas comerciales desleales y conductas abusivas. La ley permite la emisión de códigos de conducta⁵⁸ y obliga a su cumplimiento y mediante ellos aprovisiona de mejores mecanismos de resolución de disputas. De

⁵⁷ Ver documento de la Autoridad de Competencia Australiana (ACCC): *Small business and the Trade Practices Act*.

⁵⁸ Sección 51AE, permite la emisión de códigos de conducta y la sección 51AD obliga a su cumplimiento.



manera adicional a la ley de competencia, se cuentan con otras medidas regulatorias para la protección de PyMEs, en especial códigos de conducta.

- **Código de conducta para franquicias (*Franchising Code of Conduct*):⁵⁹**

Este código obligatorio busca regular la conducta de los participantes del sector de franquicias, reparando la falta de balance de poder en la relación y dando una mayor certidumbre a los participantes. Las franquicias constituirían el área de mayor crecimiento para los negocios pequeños,⁶⁰ por ello la autoridad de competencia australiana ACCC (por sus iniciales en inglés Australian Competition and Consumer Commission) da gran importancia al cumplimiento del mismo. El código incluye provisiones en la que asegura el derecho del comprador de la franquicia a asociarse y en la que se requiere al dueño de la franquicia la entrega de las copias de cualquier acuerdo que se firme, así como la preparación de informes financieros para fondos de publicidad y promoción. El código requiere que los dueños de las franquicias revelen información específica del sistema de franquicias a sus compradores, como ser: área geográfica, experiencia administrada del dueño de la franquicia y detalle de las franquicias existentes y terminadas. El código también incluye provisiones para la resolución de disputas entre las partes, proveyendo de un

⁵⁹ En mayo de 1997 el Comité de Industria, Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados entregó un reporte sobre comercialización equitativa en Australia, en el mismo se identificaron una serie de problemas experimentados por los pequeños negocios en el sector de franquicias, entre otros se identificó: i) la existencia de términos injustos en los contratos derivados de la negativa por parte de los grandes empresas de negociar los términos y condiciones de los contratos; ii) documentación muy compleja; iii) escasez de información sobre contratos anteriores, resultando en la incapacidad de tomar decisiones informadas sobre la viabilidad de la franquicia; iv) costos prohibitivos de procesos judiciales perjudicando a pequeños negocios. En base a este informe se recomendó el desarrollo de una legislación específica al sector, y se argumentó que la legislación debería proveer entre otros acceso a la documentación relevante sobre la franquicia.

⁶⁰ Ibid.[16].



mecanismo alternativo a la litigación. Básicamente, gobierna las relaciones entre franquiciador y franquiciado, en particular en relación a: i) obligación por parte del franquiciador de revelar información para los franquiciados; ii) las condiciones del acuerdo de franquicia y iii) mecanismos de resolución de conflictos.

- **Código de conducta para el sector de horticultura al por mayor (*Horticulture Code of Conduct*):** implementado en el 2007, este código obligatorio tiene por objetivo regular el comercio entre productores y comercializadores al por mayor para la realización transparente de las transacciones comerciales. El código que especifica lo que se debe incluir en el documento de transacción (entre otros: calidad, pago, requerimiento de entrega, rechazo del producto) requiere que se haga público este documento donde se establecen los términos y condiciones bajo las cuales se realizará la transacción. Este código se aplica a aquel comerciante que compra productos para su reventa o a aquel agente que vende los productos a nombre del productor a cambio de una comisión. No aplica a minoristas, procesadores y exportadores. El código además provee de mecanismos alternativos de solución de conflictos.
- **Código de conducta para el comercio minorista de comestibles⁶¹ y productos (*Produce and Grocery Industry Code of Conduct*):** Con el objetivo de contrarrestar el poder de compra ejercido por las grandes cadenas de supermercados para con sus proveedores, el gobierno australiano estableció este código voluntario en el año 2000. El código

⁶¹ Originalmente se desarrolló para la industria de comestibles (groceries) aunque el ámbito de aplicación era para ambas industrias, por lo que en el año 2005 se renombró el código de conducta.



tiene por objetivos la promoción de un comercio justo y equitativo entre los participantes de la industria, el incentivo a acuerdos transparentes entre participantes como una forma de evitar disputas y la provisión de mecanismos simples, accesibles y no judiciales para la resolución de conflictos. Debido a la no obligatoriedad del código, el mismo únicamente busca guiar la conducta de los participantes de la industria pero no constituye un contrato entre ellos; no se requiere que los términos del contrato estén por escrito, esa decisión se deja a voluntad de los participantes. El código trata cuatro temas importantes: i) estándares de productos y especificaciones, ii) contratos, iii) etiquetado de productos, embalaje y preparación y iv) notificación de adquisiciones. Además provee una lista de los términos de negociación que el contrato debe contener. Dentro de las guías establecidas por el código se indica entregar explicaciones al proveedor cuando sea el caso de rechazo de productos, donde estas explicaciones deben tener razones objetivas. Los términos y condiciones de los contratos, incluidos los términos de pago y el mecanismo de resolución de disputas deben ser negociados por ambas partes y de preferencia establecer los mismos por escrito. Se incentiva a que la resolución de disputas sea realizada por el defensor de la industria de productos y comestibles (*Produce and Grocery Industry Ombudsman*) en lugar de procesos de litigación. El código de conducta no hace referencia a ninguna práctica desleal del comprador en particular.⁶²

⁶² Mills (2003) señala que esto puede ser reflejo de la enmienda que se hizo a la ley de competencia (*Trade Practices Act*) en 1998, para lidiar con conductas abusivas (*unconscionable conduct in business transactions*). La sección se refiere en particular a situaciones en que las dos partes cuentan con diferentes grados de poder de negociación, por tanto, se prohíbe la explotación de la ventaja en negociación para imponer términos en los contratos.



En relación al impacto de las normativas, y en específico para código de conducta para franquicias, el documento "*Review of the Disclosure Provisions of the Franchising Code of Conduct*", indica que la última evaluación del código ejecutada en el 2006 fue realizada a raíz de numerosas preocupaciones por parte de los franquiciados en relación a la operación del código, en especial sobre las provisiones de revelación de información por parte del franquiciador. De hecho la ACCC habría recibido desde el 2001, 252 quejas relacionadas a la revelación de información (disclosure issues), lo cual representaba el 19% del total de quejas y consultas recibidas en el periodo comprendido entre julio de 2001 y junio de 2006; donde la queja más representativa estaba dada por la falla de proveer la información (*failure to provide the disclosure document*), seguida de quejas por provisión de información engañosa y por último de que los documentos revelados eran inadecuados. Indica el mismo documento que de acuerdo a la encuesta del 2004 al sector de franquicias, el número de sistemas de franquicias operando en Australia se estimaba en 850 con 50,000 unidades en operación, por lo tanto, la recepción de sólo 252 quejas y consultas sobre revelación de información en los últimos 5 años indicaba que el régimen de revelación de información establecido por el código estaba siendo altamente efectivo. El código hasta el momento había provisto a los existentes y potenciales franquiciados de un mecanismo de protección y un medio de acceso a información relevante sobre el franquiciador y el sistema de franquicias. Sin embargo, cabe mencionar que esta última evaluación derivó en la recomendación de varios cambios en el código, cambios que fueron implementados por el gobierno australiano en febrero de este año.



En relación al código de conducta para el sector minorista, de acuerdo a Mills (2003), el impacto del mismo habría sido escaso, sin embargo esta aseveración se hizo en función a la falta de aplicaciones para la resolución de conflictos. De acuerdo a las estadísticas presentadas por el Comité de Administración del código, entre septiembre de 2005 y junio de 2007 se habrían presentado 176 consultas por disputa. Las aplicaciones para mediación fueron de 66 y las que resultaron en acuerdos fueron 45. Las estadísticas indican que el código está siendo utilizado; en tal sentido, tanto proveedores como las cadenas de supermercados vendrían trabajando en la negociación de sus acuerdos comerciales; situación que alivia de cierta forma la imposición unilateral de condiciones a los que se ven impuestos los medianos y pequeños proveedores. De acuerdo al documento: *Working Paper on Supply Chain Practices and the Supermarkets Code of Practice*⁶³, este código habría sido un éxito y en particular en incentivar un número significativo de proveedores a “denunciar” y buscar mediación independiente para la solución de sus disputas con sus clientes.⁶⁴

4.3.3. Reino Unido

En el año 2002 la Comisión de Competencia (*Competition Commission*) del Reino Unido introdujo un código de práctica para regular las relaciones entre proveedores y supermercados (*Code of Practice on Supermarkets' dealings with suppliers*), después de que la Comisión encontró que los mismos estaban operando en contra del interés público, reduciendo la oferta y la calidad de los productos. El código que se introdujo fue el código voluntario ya existente,

⁶³ Ver *Competition Commission* (2007a).

⁶⁴ Indica el documento que esto es particularmente notable dado que el sector minorista de comestibles en Australia está altamente concentrado contando con la participación de dos grandes actores.



por lo que, varias organizaciones pidieron la revisión del mismo y el planteamiento de un código más fuerte. En el 2004, después de la revisión del mismo, la Comisión estableció que el código no estaba operando de forma efectiva, donde la principal razón para ello, estaba en el temor a la suspensión de contratos que tenían los proveedores por establecer quejas. Más aún, los resultados de un estudio independiente, concluyeron en el 2005, que no había un cambio significativo en las prácticas de los supermercados desde la introducción del código y que la posición de los proveedores estaba más debilitada. Sin embargo, en el mismo año la Office of Fair Trading⁶⁵ publica sus conclusiones sobre la revisión del código de práctica, señalando que los supermercados estaban cumpliendo con el código y no se encontraba evidencia alguna de que las disputas entre supermercados y proveedores tuvieran impactos significativos sobre la competencia en este mercado. Con ello se recomendó no modificar el código, pero si establecer un uso más efectivo del mismo. En el 2006 la Comisión inicia una investigación sobre el mercado de la oferta de comestibles⁶⁶ (*The Supply of Groceries in the UK Market Investigation*). Los resultados de la investigación que se presentan a continuación se derivan del documento: *Working Paper on Supply Chain Practices and the Supermarkets Code of Practice*, cuyos resultados indican:

- Las prácticas que se identificaron en el año 2000, y que dieron origen a la introducción del código seguían vigentes. Esto se evidenciaba porque:
 - El código busca regular estas prácticas en lugar de prohibirlas

⁶⁵ Office of Fair Trading (2005).

⁶⁶ Ver Competition Commission (2007b).



- o De las entrevistas conducidas a los 4 grandes minoristas, se concluyó que la introducción del código había tenido un bajo impacto en la forma como los supermercados conducían sus negocios y en su relacionamiento comercial con sus proveedores.
- o De las entrevistas con los proveedores, se concluyó que el código había fallado en moderar las relaciones de estos con sus clientes.
- o Aún se observa la presentación de quejas por parte de los proveedores y sus asociaciones u organizaciones.⁶⁷

En base a esta investigación, la Comisión ha concebido un nuevo código de practica⁶⁸ (2008 *Code of Practice*) para tratar los potenciales efectos adversos en competencia derivados de las prácticas de los supermercados y en particular para proveer una amplia protección en contra de la transferencia a proveedores de riesgos excesivos y costos inesperados. Los principios contenidos en el código buscan promover relaciones comerciales responsables, transparentes y balanceadas entre supermercados y proveedores, estableciendo las obligaciones fundamentales de los primeros para con los segundos.

El código establece un marco de acción equitativo y dentro de la legislación para los proveedores, esto es, que los supermercados deben conducir sus relaciones comerciales con los proveedores sin distinción entre acuerdos vigentes, permanentes o únicos o entre acuerdos formales e informales en

⁶⁷ Desde la introducción del código la *Office of Fair Trading* habría recibido 17 quejas, de las cuales ninguna resultó en un fallo negativo sobre la conducta del minorista.

⁶⁸ Tomado del borrador del código: http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2006/grocery/pdf/responses_prov_findings_third_party_a_supplier.pdf.



buena fe y en reconocimiento de la necesidad del proveedor de contar con certeza respecto a riesgos y costos comerciales, particularmente en relación a producción, entrega y pagos. El supermercado incumplirá estos principios si se involucra en prácticas que transfieren riesgos excesivos y costos inesperados a los proveedores y/o implican coerción, acoso, excesiva influencia, información engañosa u omisiones engañosas. El código contempla una lista de prácticas consideradas como desleales bajo cualquier circunstancia, por ejemplo, retraso en pagos más allá de lo acordado; y otra lista de prácticas consideradas desleales a menos que el proveedor este de acuerdo, por ejemplo, solicitud de rebaja de un precio para igualar a la competencia.

Se apela a la mediación para la solución de disputa y para ello se apunta a un defensor para la resolución de disputas. El código se aplica a cualquier supermercado, que tengan más del 8% de participación de mercado en la compra de mercaderías.

4.3.4. Unión Europea

En el año 2000 el Parlamento Europeo emitió una directiva⁶⁹ para aliviar los retrasos que se observaban en los pagos de las transacciones comerciales. Si bien la directiva, se aplica a todas las transacciones comerciales, el argumento económico tras esta resolución es que una de cuatro insolvencias se debe al retraso en los pagos,⁷⁰ donde se enfatiza que las PyMEs son las empresas más perjudicadas en este aspecto. De acuerdo a la Comisión

⁶⁹ Directiva 2000/35/CE “Delays in the payment of commercial transactions”.

⁷⁰ Ver: http://www.europeanpayment.com/files/Leaflet_Directive_English.pdf



Europea,⁷¹ las PyMEs son más vulnerables a las variaciones en el flujo de caja y por lo general estas empresas dependen de un número limitado de clientes y frecuentemente de grandes proveedores, quienes serían más frecuentes en la incursión de esta práctica. Una investigación realizada ha mostrado que los retrasos en los pagos por parte de las firmas grandes son dos veces más frecuentes que los ocasionados por las PyMEs. Más aún el retraso en los pagos hacia PyMEs en que incurren las grandes empresas son dos veces más largos que los retrasos de PyMEs hacia grandes compañías.

En el año 2006, la Comisión Europea llevó adelante un estudio para establecer la efectividad de esta directiva. En el mismo, se consideró información de aquellos países miembros que contaban con dos años de haber implementado esta legislación.⁷² Entre los resultados del estudio, se indica que el promedio de retraso de los pagos (i.e. periodo entre el vencimiento del pago y el de cancelación del mismo) en Europa en el 2005 fue de 12.9 días, tiempo menor de que se registró en el año 1995, el cual era de 15.7 días. En el tercer trimestre de 2002, fecha límite para la implementación de la directiva, este tiempo promedio era de 15.2 días. De acuerdo al informe esto indicaría un efecto positivo de la Directiva, la cual estaría previniendo un aumento en el retraso promedio de pago. Sin embargo, aclara el informe que esta situación vendría a ser un poco preocupante en ciertos países y ciertos sectores. Si bien, el impacto de la directiva vendría a ser positivo, la diferencia entre los estados miembros

⁷¹ Ver página web: http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/late_payments/rationale.htm

⁷² "Review of the Effectiveness of European Community Legislation in Combating Late Payments" El reporte puede ser encontrado en la siguiente dirección de internet: http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/late_payments/doc/finalreport_en.pdf



quedaría como una preocupación, puesto que en algunos países la situación habría progresado de forma muy modesta y en algunos casos la situación habría empeorado. Esto indicaría que la directiva no habría tenido el efecto armonizador que se esperaba, observándose aun disparidad entre los países miembros en términos de periodos de pago. En lo referente, el estudio sugiere que una combinación de mayor tiempo y constante monitoreo serían necesarios para evaluar más apropiadamente el impacto de la directiva. Igualmente el informe sugiere una mejora de la directiva; por ejemplo, se sugiere un mayor fortalecimiento de algunas medidas como ser las penalidades por la incursión en el retraso del pago, donde dichas penalidades deban realmente constituir mecanismos que eviten dicho comportamiento.

Por otra parte, el informe indica que la percepción de los negocios sobre el retraso en los pagos había cambiado. El retraso en los pagos que era visto en algunos países como parte de la cultura, estaba siendo percibido como un abuso inaceptable de la posición del cliente y un incumplimiento del contrato.

El informe indica que la directiva habría tenido un impacto positivo más en los pagos atrasados que en el retraso de los pagos. Sin embargo, la directiva constituía una herramienta relevante, coherente, útil y efectiva para combatir los pagos atrasados.



En el presente año la Comisión esta llevando a cabo una consulta pública⁷³ a los interesados, con el objetivo de definir los problemas actuales en relación al retraso en los pagos y explorar las posibilidades para proponer medidas mejores y más efectivas.

4.3.5. Indonesia

Indonesia aprobó en 1995 una ley específica para las pequeñas empresas (*Small Business Law No. 9/1995*). Entre otros, los artículos 6 y 8 de esta ley⁷⁴ autorizan al gobierno a promover un ambiente de negocios propicio para el desarrollo de pequeñas empresas y para prevenir la formación de estructuras de mercado que generen escenarios de competencia desleal en la forma de monopolio, oligopolio y monopsonio, estructuras de mercado que van en detrimento de las empresas pequeñas y de las cooperativas. La ley también incentiva la asociación entre las pequeñas empresas.

Consistente con la política de promover un buen ambiente de competencia, Indonesia promulgó en 1999 la ley No. 5/1999 que prohíbe las prácticas monopólicas y la competencia desleal (*Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*). Entre los principales objetivos⁷⁵ de esta ley esta la creación de un ambiente de negocios propicio, a través de una competencia sana, asegurando igualdad de oportunidad para grandes, medianas y pequeñas empresas. De la cobertura de la ley quedan exentas

⁷³ La consulta estará disponible a finales de agosto de este año. Para mayor referencias ver: <http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=Latepayment&lang=en>

⁷⁴ No se ha podido encontrar una versión en inglés de la ley, por lo que, las referencias sobre la misma han sido tomadas del siguiente documento: Maarif, Syamsul (2001) “*Competition Law and Policy in Indonesia*” http://www.jftc.go.jp/eacpf/02/indonesia_r.pdf

⁷⁵ Artículo 3 de la mencionada ley.



las pequeñas empresas categorizadas como tal de acuerdo a ley No. 9/1995.⁷⁶

4.3.6. Japón

Si bien, no constituye propiamente una legislación paralela, el gobierno japonés dentro de su ley de competencia ha contemplado la designación específica de prácticas desleales por parte de los grandes minoristas para con sus proveedores.⁷⁷ Esta notificación busca contar con una regulación efectiva del abuso de posición dominante en la negociación con que cuentan las grandes tiendas minoristas. En ella se contemplan como prácticas desleales: i) devolución no justificada de bienes, ii) reducción no justificada del precio, iii) contrato de consignación de ventas injusto (prohibición por parte del grande minorista de obligar al proveedor de firmar un contrato de ventas bajo condiciones muy desfavorables para el último), iv) obligar a los proveedores a reducir sus precios, v) negativa a recibir productos que han sido específicamente pedidos, vi) obligación por parte del minorista hacia el proveedor de la compra de bienes o servicios designados por el primero, siendo la excepción aquellos por fecha de vencimiento, vii) asignación no justificada de trabajo para los empleados de los proveedores, viii) cobro injustificado de beneficios, ix) trato poco favorable en respuesta a solicitudes (entre otros se consideran el retraso en el pago y la reducción de los volúmenes transados).

⁷⁶ Artículo 50, inciso h.

⁷⁷ Fair Trade Commission Notification No. 11 of 2005: "Designation of Specific Unfair Trade Practices by Large-Scale Retailers Relating to Trade with Suppliers".



Como legislación paralela, el Japón cuenta con una ley de subcontratación (*The Subcontract Act*). El propósito de dicha ley es la prevención en la demora de los pagos por subcontratación, asegurando para ello que las transacciones entre las partes sean imparciales y justas, y protegiendo al mismo tiempo los intereses de los subcontratados. La ley establece un plazo no mayor a sesenta días desde que el subcontratador recibe el trabajo para el pago por la prestación de los servicios, pasado este periodo se contempla el pago de intereses por el retraso. Entre otros, la ley prohíbe: i) rehusarse a recibir injustificadamente el trabajo realizado por el subcontratado, ii) el fallo en realizar los pagos en las fechas o tiempo acordado, iii) reducciones injustificadas en el pago de los servicios, iv) establecer pagos que se hallen por debajo del promedio del mercado para trabajos iguales o similares, v) obligar al subcontratado a la compra de específicos bienes o al uso de específicos servicios, a excepción de aquellos casos donde es necesaria la estandarización o mejorar el trabajo a realizar, iv) reducir el volumen o suspender las transacciones o dar cualquier otro tratamiento desventajoso en respuesta a la formulación de quejas por parte del subcontratado.

De la revisión de la experiencia internacional en materia de legislación paralela y en particular en las medidas adoptadas para solucionar la relación de desventaja que poseen los proveedores con sus grandes clientes, se observa la adopción especialmente voluntaria de códigos de conducta o de buenas prácticas. Sobre este punto y a manera de conclusión se hace referencia al análisis entre las alternativas de legislación y código de



conducta voluntario que hizo la Secretaria de la Competencia de Argentina⁷⁸ al momento de proponer soluciones para este problema:

“La alternativa que más fuerte se manejaba para intentar solucionar los problemas del sector consistía en intentar impulsar una ley. [...] pero la experiencia nacional e internacional muestra que muchas veces los problemas en cuestión no logran resolverse de la mejor manera. Por ejemplo, en Francia dictaron una ley que prohibía muchas de las prácticas que hoy denuncian los proveedores en Argentina. En varios años de vigencia de la ley, y teniendo en cuenta que el sistema judicial francés es bastante más eficiente que el nuestro, uno podría suponer que las denuncias por prácticas comercialmente desleales se multiplicaron. Sin embargo, ocurrió todo lo contrario: la cantidad de denuncias fue ínfima. Los posibles beneficios de ganar un juicio de esta naturaleza seguramente no superan los costos que pueden infringir las represalias comerciales: los tiempos judiciales son, por lo general, demasiado largos y llevar adelante un caso también implica un gasto. Ante esta situación, la Secretaría empezó a ver con buenos ojos los mecanismos de autorregulación que desarrollaron con mayor éxito en países como Portugal y Nueva Zelanda y en algunos estados de los Estados Unidos. Esta herramienta supera a la legislativa en varios aspectos. Quizás la más importante sea el establecimiento de una instancia arbitral para la solución de conflictos que, en manos de especialistas del sector, funciona de manera más expeditiva. [...] Otro aspecto favorable del Código es que se instala como un instrumento sumamente flexible que puede adaptarse fácilmente a

⁷⁸ Código de Buenas Prácticas Comerciales – Resumen Ejecutivo. En: http://www.mecon.gov.ar/secdef/basehome/cod_buenas.htm



la dinámica del sector de la distribución comercial [...] También, al ser un mecanismo de autorregulación, se crea una estructura de incentivos que favorece el cumplimiento de lo pactado, ya que los que diseñan el Código son las partes involucradas y son ellas las que acuerdan y se comprometen a cumplir lo pactado [...]"



Cuadro 5: Comparación de Legislación Paralela

Contenidos	Reino Unido	España	Francia	Portugal	Australia	Argentina	Avenimiento FNE y D&S
	<p>Código de conducta (<i>Code of Practice on Supermarkets' dealings with suppliers</i>) que entró en vigencia en el 2002. En la actualidad el RU esta evaluando posibles cambios en el texto del código.</p>	<p>Ley de Ordenación del Comercio Minorista 7/1996). Únicamente cuenta con un capítulo destinado a la relación entre proveedores y minoristas sobre condiciones de pago.</p>	<p>Ley Galland (Nº 96-588 de 1996) Ley destinada a regular el equilibrio en las relaciones comerciales. Sólo establece condiciones generales.</p>	<p>Código de Conducta voluntario (Código de Boas Práticas Comerciais) que entró en vigencia en 1997. Este surge como una necesidad de abrir una vía de diálogo entre proveedores y supermercados.</p>	<p>Código de Conducta voluntario (<i>Produce and Grocery Industry Code</i>) Tiene como objetivos: i) promoción de prácticas comerciales equilibradas y justas; ii) incentivar acuerdos transparentes; (iii) provisión de un mecanismo simple, accesible y no judicial de resolución de conflictos</p>	<p>Código de conducta voluntario (Código de Buenas Prácticas Comerciales) que entró en vigencia en el 2000. Tiene por objeto dar respuesta a los conflictos entre partes actuantes en un mercado, tratando de mantener el equilibrio de los intereses en pugna, de establecer pautas específicas para un mejor desarrollo de las actividades comerciales y de generar ámbitos alternativos para la resolución de controversias</p>	<p>- Pacto firmado en 2007 con el fin de prevenir riesgos a la competencia en lo que se refiere a las relaciones entre D&S y sus proveedores en particular los pequeños. - El avenimiento contempla la elaboración por parte de D&S de Términos y Condiciones Generales de Contratación transparentes, generales y objetivos</p>



Contenidos	Reino Unido	España	Francia	Portugal	Australia	Argentina	Avenimiento FNE y D&S
Condiciones generales del contrato: Transacciones y servicios	Si así lo solicita el proveedor, el supermercado debe poner los términos del negocio por escrito.	No contemplado	<ul style="list-style-type: none"> - El contrato donde se especifica precios, condiciones de venta, rebajas/descuentos y cálculo de penalidades por atraso en el pago debe quedar por escrito en un contrato. - El supermercado deberá compensar al proveedor si las condiciones de precio, pago, compra o venta son discriminatorias e injustificadas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Las partes pueden pactar libremente acuerdos bilaterales. - Se insta a incluir principios de transparencia, no-discriminación, reciprocidad y maximización de valor. - El contrato debe estipular vigencia; plazos de entrega y pago; plazo de preaviso para cambios en precios; tipos de descuentos y ámbitos de aplicación; multas por atraso de pagos; y condiciones de cumplimiento o de liquidación. 	<ul style="list-style-type: none"> - Los términos y condiciones de los contratos, incluidos todos los estándares y especificaciones relevantes (si están disponibles), los términos de pago y el mecanismo de resolución de disputas deben ser negociados por ambas partes. - Se deja la opción a las partes de establecer los términos del contrato por escrito. - El código no hace referencia a ninguna práctica desleal en particular - El código provee un listado de los términos que pueden incluirse en el contrato. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se les reconoce a las partes el derecho de pactar acuerdos bilaterales libremente. - El contrato debe incluir tiempo de vigencia, necesidad de acuerdos posteriores para ser modificados, plazos de entrega y de pago, y la vigencia de las listas de precios. - Las partes se otorgarán recíprocamente un tratamiento equivalente al que se otorgue a otros supermercados o proveedores en situaciones similares. 	<ul style="list-style-type: none"> - El contrato denominado Términos y Condiciones Generales de Aprovechamiento (TCGA), debe especificar los términos de la contratación, la resolución de controversias y en particular el detalle de cada cobro hecho a proveedores. - Los acuerdos específicos deben quedar por escrito y anexados al TCGA. Estos acuerdos deben indicar los montos que se cobrarán al proveedor. - El contenido del TCGA debe ser informado a la FNE 30 días antes de su ejecución. - El TCGA es un documento de carácter público.



Contenidos	Reino Unido	España	Francia	Portugal	Australia	Argentina	Avenimiento FNE y D&S
Servicios y cobros:							
Cobros por mermas y obsolescencias	Se permiten si: i) están previamente acordados y por escrito; ii) son resultado de la negligencia y/o inacción del proveedor.	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	Se permiten, pero deben estar sujetos a revisión y ajuste en forma semestral.
Premios o resarcimientos por logros/fracasos de metas de venta	Se permiten si y sólo si están previamente acordados y por escrito.	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado
Cobros por ingreso a la cadena	Se permiten si: i) se trata de productos nuevos (que no han sido stockeados ni listados en los 365 días previos en 25% o más de los supermercados) y; ii) cobros son razonables (reflejen el riesgo incurrido por el supermercado por almacenar, exhibir en venta o listar los nuevos productos)	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No son permitidos si los proveedores son de menor tamaño.
Cobros por desliste	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado
Cobros por escala de ventas	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado
Comisiones por ventas	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado



Contenidos	Reino Unido	España	Francia	Portugal	Australia	Argentina	Avenimiento FNE y D&S
Servicios y cobros:							
Relativos a inversiones y costos de expansión o crecimiento de la cadena de supermercados	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado
Relativos a la relación de los proveedores con competidores	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	Se exige no discriminación	No contemplado
Plazo de pago	Solamente se indica dentro de un periodo de tiempo razonable	-Si no existe pacto, el pago deberá hacerse el mismo día de la recepción. -Facturas deben entregarse dentro de los 30 días desde la recepción. -En el caso de productos alimenticios perecederos, los aplazamientos de pago no excederán los 30 días desde la entrega. -Para plazos mayores a 60 días, el documento de pago incluirá acción cambiaria y fecha de pago -Para plazos mayores a 90 días,	-Para alimentos perecibles, carnes y pescados congelados (con ciertas excepciones) son 40 días desde la entrega - Para algunas bebidas alcohólicas, 30 días a contar del siguiente mes a la entrega -Para otras bebidas alcohólicas, según lo acordado entre las partes o, en su defecto, hasta 75 días desde la entrega	Libre	No contemplado	Si el pago es mayor a 30 días desde la entrega, los supermercados deben entregar un documento comercial negociable en el mercado financiero dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la mercadería	-El pago de facturas a proveedores de menor tamaño debe hacerse a lo más a los 30 días desde la recepción. - El plazo de pago para con otro tipo de proveedores puede ser acordado libremente.



		<p>el documento de pago será endosable a la orden</p> <ul style="list-style-type: none">-Para plazos mayores a 120 días, el proveedor podrá exigir garantías mediante aval bancario o seguro de crédito o caución.-En caso de morosidad se contabilizan intereses, el cual será un 50% superior al señalado para el interés legal.					
--	--	---	--	--	--	--	--



Contenidos	Reino Unido	España	Francia	Portugal	Australia	Argentina	Avenimiento FNE y D&S
Servicios y cobros:							
Cambios en las condiciones pactadas	Cambios en precios y condiciones están permitidos sólo después de entregar un aviso con anticipación y por escrito (<i>Reasonable Notice</i>)	No contemplado	-Infracciones a las disposiciones acordadas son sancionadas con multa. -Deberá haber compensación si el supermercado: i) condiciona la compra a la entrega de servicios no previamente acordados; ii) amenaza con romper la relación comercial para modificar las condiciones preestablecidas en el contrato; iii) rompe total o parcialmente la relación comercial sin previo aviso, salvo si hay incumplimiento de contrato o causa mayor.	Se permiten sólo si son comunicadas dentro del plazo de pre-aviso estipulado en el contrato bilateral	No contemplado	Permitidas si las condiciones bajo las cuales pueden hacerse modificaciones están establecidas en el contrato.	Se pueden realizar modificaciones en los TCGA, las cuales deben ser comunicadas a la FNE 30 días antes de su publicación y deben ser hechas públicas al menos 10 días antes de entrar en vigencia.



Contenidos	Reino Unido	España	Francia	Portugal	Australia	Argentina	Avenimiento FNE y D&S
Servicios y cobros:							
Uso de reponedores propios	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado
Negociación	Plazo máximo de 90 días	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado	No contemplado
Mecanismo de solución de controversias	Primero, a costo del supermercado, se solicita un mediador. Si éste falla, se recurre al director de la <i>Office of Fair Trading</i>	No contemplado	No contemplado.	No. Pero la <i>Comissao Permanente de Avaliacao e Acompanhamento</i> puede emitir interpretaciones y recomendaciones	Sí y se establece en cada contrato bilateral escrito. La última instancia es el <i>Industry Ombudsman</i>	Sí, a través de un Tribunal Arbitral tripartito (uno designado por los supermercados, otro por los proveedores y el tercero una figura prestigiosa con conocimiento del sector) cuya resolución es inapelable.	Sí, a través de la Defensoría del Proveedor, dependiente de la Contraloría Corporativa de D&S y con fiscalización de la FNE.
Impacto	Desde la introducción del código 17 quejas se han presentado. De la revisión llevada sobre el impacto del código, se indica que el mismo habría tenido un bajo impacto en la forma como los supermercados conducían sus negocios y en su relacionamiento comercial con sus proveedores.				Entre 2001 y 2006 se habrían recibido 523 quejas. Este código es considerado como exitoso, en particular en incentivar un número significativo de proveedores a “denunciar” y buscar mediación independiente para la solución de sus disputas.	Entre 2000 y 2005 se habrían presentado 147 reclamos, de los cuales el 75% (111 casos) se plantearon en el período 2000-2002.	



Del Cuadro 5, en específico para la nivelación de las relaciones comerciales entre proveedores y sus grandes clientes, se ve la adopción de códigos de buenas prácticas. Estos pueden identificar como tal las prácticas consideradas como desleales, caso específico del RU, o no hacerlo, situación que puede responder al hecho de que en la ley de competencia se prohíbe el abuso de dependencia económica (caso Australia, Portugal).

En el caso del avenimiento entre la FNE y D&S, y a diferencia de los otros países contemplados, se hace una protección explícita del proveedor de menor tamaño.

Una preocupación común que se observa es la de los plazos de pago a proveedores y la introducción de mecanismos de solución de controversias. En el caso del primero, claramente se busca establecer límites a los mismos los plazos y en el caso del segundo, se busca agilizar y abaratar los procesos de solución de controversias.

4.4. La Regulación y Legislación en Chile

4.4.1. Iniciativas regulatorias planteadas en nuestro país

Proyecto de ley que modifica la ley N° 19.983, con el objeto de facilitar la factorización de facturas por pequeños y medianos empresarios⁷⁹

El proyecto busca modificar la ley N°19.983,⁸⁰ que regula la transferencia y concede mérito ejecutivo a la copia de la factura, con el objeto de corregir

⁷⁹ Proyecto del Senado ingresado en marzo de 2007 y que sigue en proceso de tramitación. Número de Boletín 4928-26.



algunos de sus supuestos básicos que, en la práctica, evidenciarían su incumplimiento, y que resultarían, en definitiva, ineficaces para el objetivo de dicha ley de facilitar el financiamiento en el corto plazo de la PyMEs a través del Factoring. Las modificaciones que se plantean tienen precisamente como objetivo solucionar estos inconvenientes, de tal forma que la transferencia de los créditos sea materialmente eficiente y la factura cumpla con los requisitos necesarios para llegar a ser título ejecutivo.

Las situaciones que afectan a la operación del factoring por parte de las PyMEs son:

1. Situaciones que dificultan la cesión del crédito contenido en la factura:
 - a. Aceptación de la cesión de la factura por parte de deudor. Algunas empresas con posición dominante en el mercado se oponen a que sus proveedores cedan las facturas a empresas de factoring. Para ello ofrecen la opción del “pronto pago” o advierten al proveedor de eventuales represalias comerciales, todo, con el propósito de que no factoricen sus facturas. En la mayoría de los casos, la oposición es de forma verbal y consistente en la amenaza por parte del comprador de cancelar futuros contratos.
 - b. Retención de la cuarta copia de la factura por parte de la empresa obligada al pago. En este caso, la empresa deudora y

⁸⁰ Esta ley busca facilitar la cesión del crédito consignado en la factura, como asimismo otorgar certeza jurídica al crédito. Con ello se facilita la cesión del crédito contenido en la factura y permite al emisor de la misma su factorización.



obligada al pago le devuelve -en algunos casos, no en todos- esta cuarta copia a su proveedor al momento de materializarse el pago de la factura. Con ello, el comprador tampoco cumple con la recepción de mercadería o servicio dispuesto en la ley.

- c. Negativa ante la notificación de la cesión. Es el rechazo por el comprador de aceptar la notificación que efectúa una empresa de factoring de la cesión de una factura por parte del proveedor, no obstante cumplir este trámite con todas las exigencias legales.

2. Situaciones que dificultan considerar la factura como título ejecutivo:

- a. Recepción de la mercadería o servicio por parte de la empresa obligada al pago de una factura. El comprador, impone al proveedor un plazo superior a 8 días, siendo este plazo en muchas ocasiones llevado al extremo de los 30 días, no entregándose finalmente la cuarta copia con lo cual el proveedor, se ve impedido de ceder una determinada factura. Se suma a esta situación, que el plazo de pago de la factura empieza a contar desde la fecha de recibo de la mercadería o servicio por parte del comprador.
- b. Requisitos exigidos para otorgar el “Acuse de Recibo” por parte del comprador. La ley contemplaría la exigencia de varios requisitos, que fácilmente pueden ser omitidos, “invalidando” la factura como título ejecutivo.



3. Situaciones respecto de las facturas de compra

- a. Acuse de recibo de una factura de compra.
- b. Fecha de pago de la factura. Por lo expuesto en los puntos anteriores, La fecha de pago se torna difusa pues depende esencialmente de cuando se otorga la recepción de la mercadería o servicio por parte del comprador.

4. Demora en el pago por el deudor de una factura que le ha sido notificada por una empresa de factoring:

- a. Comprador emite la factura a nombre del vendedor o proveedor, debiendo hacerlo a nombre del factor.

El proyecto de ley propone para cada uno de estos problemas modificaciones al texto de la ley N° 19.983:

- a. Se busca eliminar la posibilidad de que el deudor pueda reclamar en contra del contenido de la factura o guías de despacho, en un tiempo distinto a ocho días, tiempo que contemplaría el procedimiento de reclamo.
- b. Simplificar los datos que debe contener una factura para perfeccionarla como título ejecutivo cedible.
- c. Establecer de forma más amplia y explícita, la prohibición de consignar en las facturas alguna cláusula que limite la libre circulación del crédito de que da cuenta.



- d. Restar exigencias a la factura emitida por el propio comprador o beneficiario del servicio, para ser cedible y tener mérito ejecutivo.
- e. Se busca establecer que la obligación contenida en la factura cedida, solamente se extinga respecto del deudor cedido, cuando éste le paga al cesionario del crédito.

Proyecto de ley que establece obligación para el comprador de pagar la parte equivalente al impuesto de retención al emisor de una factura⁸¹

El desarrollo de este proyecto de ley comprendió entre otros el análisis de las siguientes preocupaciones:

1. La situación de desfinanciamiento y la falta de capital de trabajo para las PyMEs constituye uno de sus mayores obstáculos.
2. En todos los rubros de la economía chilena existen sólo algunas empresas que por su posición dominante en el mercado, condicionan el comportamiento económico de los distintos actores, especialmente de los proveedores de materias primas. Esta situación, iría en detrimento de la capacidad de producción y comercialización de las PyMEs, por cuanto los precios, las condiciones de adquisición y los plazos de pago son establecidos por los grandes compradores.
3. Las PyMEs cancelan en 30 o 35 días sus insumos, los grandes empresarios reciben el pago por sus productos siempre a mayores

⁸¹ Proyecto de ley ingresado en noviembre de 2000, el mismo se halla archivado. Número de Boletín 2636-03.



plazos, los que en muchos casos llegan a 180 días. Esto último constituye, financieramente hablando, una suerte de crédito obligado, que se refiere no sólo al precio de sus mercancías, sino que también incluye el pago del Impuesto al Valor Agregado 18% (IVA).

4. Dado, lo anterior, una PyME puede rotar en sus ventas mensuales hasta cinco veces su capital propio, lo que implica que no dispone de él permanentemente, puesto que éste se encuentra en poder de sus compradores, sólo por concepto del crédito que se le ha otorgado en el monto referido al pago del IVA, en circunstancias que el productor tiene la obligación de cumplir con el pago del impuesto retenido al Fisco dentro de los 30 días siguientes a la emisión de la factura, lo que deriva, en muchas ocasiones, en incumplimientos de sus obligaciones tributarias.

El planteamiento de estas preocupaciones habrían presentado fundamento para la búsqueda de modificaciones en la legislación vigente, donde se buscó establecer en el régimen de contratación comercial la obligación de los compradores de cancelar, dentro del plazo de 30 días, el monto correspondiente al IVA al emisor de la factura. El proyecto propuesto tuvo dos objetivos: facilitar el cumplimiento de esta obligación tributaria para los pequeños y medianos productores y facilitar la recuperación de parte o la totalidad del capital propio de las PyMEs.



Proyecto de ley para establecer normas que protegen a los proveedores frente a la posición dominante del retail⁸²

El proyecto busca establecer un equilibrio de las relaciones contractuales, entre las empresas abastecidas (grandes tiendas de departamentos, supermercados, etc.) y los proveedores, que producto de la posición dominante de los primeros (retail) se ven alteradas, generándose no sólo una situación de abuso,⁸³ sino una serie de consecuencias desfavorables para la economía del país, si se considera que principalmente son PyMEs las proveedoras del retail. La situación de abuso estaría tolerada por los proveedores debido a la eventualidad de perder los contratos si presentan reclamos. En este escenario, el proyecto busca establecer condiciones mínimas para el cumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas del retail, como ser los plazos de pago. La propuesta busca constituirse una garantía y respaldo para el proveedor, frente a las dificultades que pudieran enfrentar en su relacionamiento con las empresas suministradas y que cuentan con posición dominante.

En este sentido, el proyecto de ley hace una distinción entre proveedor y proveedor de menor tamaño ⁸⁴ y busca obligar a la empresa abastecida a:

⁸² Proyecto en proceso que se inició en mayo de 2007. Número de Boletín 5034-03.

⁸³ Por ejemplo, imposición de precios, demora de hasta tres o cuatro meses en la cancelación de las mercaderías o prestaciones que han realizado a favor de las empresas abastecidas. Esto último es especialmente grave si se considera que a su vez el proveedor, que no recibe pagos, no se encuentra en condiciones de cumplir sus obligaciones, generándose una cadena de incumplimientos que, en algunos casos, han determinado la quiebra de los pequeños proveedores, por falta de liquidez.

⁸⁴ Es aquel que por concepto de venta de mercaderías o prestación de servicios facture en total, anualmente, una suma igual o inferior al equivalente en pesos a sesenta mil unidades de fomento, sin considerar los impuestos. Se considera también como proveedor de menor tamaño, al proveedor que inicie sus relaciones comerciales con la empresa abastecida, entendiéndose por tal la primera venta o primera prestación de servicios, hasta el mes siguiente a aquél en que, por concepto de venta de mercaderías o de prestación de servicios facture, en el mes, una suma



i) elaborar un reglamento general de aprovisionamiento, en el que se establezcan las condiciones con que deberán cumplir los proveedores, como asimismo, las condiciones que la empresa abastecida se obliga a respetar en sus relaciones comerciales; ii) no realizar cobros a los proveedores de menor tamaño por concepto de entrada, de exhibición, de merma, de igualación de precios en caja, y en general, ningún cobro adicional al precio del producto o de la prestación de servicios; iii) pagar el precio, de las mercaderías o el de las prestaciones, cuando se trate de proveedores de menor tamaño, dentro del plazo máximo de 30 días.⁸⁵ El proyecto propone además una indemnización penal, con el fin de evitar las consecuencias para la sociedad que se derivan por el incumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas abastecedoras (efecto en cadena del incumplimiento).

Proyecto de ley para modificar la Ley 20169 sobre regulación de la competencia desleal⁸⁶

El proyecto de ley, hace alusión a los problemas que vendrían enfrentando los proveedores de grandes clientes (industriales o manufactureros de productos de alto consumo, grandes intermediarios especialmente en el área de retail), en relación a la demora en los pagos por la entrega de mercadería o por la prestación de servicios. Estos grandes clientes, y en virtud de su

superior al equivalente en pesos a cinco mil unidades de fomento, sin considerar los impuestos. Transcurrido un año desde el inicio de las relaciones comerciales, se aplicará la regla general. Sin perjuicio de lo anterior, no será considerado proveedor de menor tamaño aquél cuyas ventas totales anuales excedan al equivalente en pesos a cien mil unidades de fomento, sin considerar impuestos. Mientras no sea posible realizar la calificación, se considerará a los proveedores como de menor tamaño.

⁸⁵ Para el resto de los proveedores se establece un plazo máximo de 60 días.

⁸⁶ Proyecto en proceso que se inició en mayo de 2007. Número de Boletín 5054-03.



posición privilegiada, estarían utilizando la extensión de los plazos de pago más allá del plazo convenido, como forma de financiamiento, haciendo recaer en sus proveedores costos que de por sí corresponde a los primeros. Esto genera un crédito indirecto e involuntario otorgado por los suministradores a sus compradores, como evidente consecuencia del poder económico que éstos detentan y de la ausencia de legislación adecuada, situación que vendría a imponer costos a los pequeños y medianos empresarios, quienes normalmente carecen de facilidades para la obtención de crédito.

Asimismo, la propuesta también señala el problema a que se ven sometidos los proveedores en relación a la posibilidad de realizar factoring. En específico, la restricción que estos clientes les imponen para que las facturas puedan constituir título ejecutivo, mediante la omisión de alguna de las exigencias que contiene la ley N° 19.893, imposibilitando con ello la factorización de las mismas como medio de financiamiento. Actitud de parte de las abastecidas que vendría a constituir no sólo abuso de su posición dominante, sino que también va en contra de los objetivos de la ley N° 19.893.

Por tanto, el proyecto busca mediante un artículo único modificar la ley N° 20.169 sobre competencia desleal, para que la misma considere como tal las siguientes acciones: i) el impedimento de un comprador a su proveedor de productos o servicios, de la emisión de una o más facturas que contengan todas las menciones para tener mérito ejecutivo de acuerdo a la ley N° 19.983, o la negativa de su recepción o rehusar firmar todas las copias que señala dicho cuerpo legal; ii) la conducta reiterada de un comprador de



retrasar los pagos de las facturas emitidas por sus proveedores, más allá de la fecha de vencimiento fijadas en éstas. Además se busca establecer para estos casos la acción de la FNE,⁸⁷ y en el caso de reincidencia en conducta, establecer en la sentencia condenatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia una sanción al infractor, dada por la pérdida del derecho a crédito fiscal de los impuestos recargados o retenidos en la o las facturas.

Del análisis realizado queda en manifiesto que el principal problema que vendrían enfrentando las PyMEs, en especial proveedores, son las condiciones impuestas por los grandes clientes y dentro de estas en particular la política de pago (en relación a su plazo). Los plazos de los pagos vienen a afectar la liquidez de las PyMEs, problema que se agrava más al considerar que sus clientes les ponen obstáculos o les prohíben del todo la realización de operaciones de factoring.

Proyecto de ley para modificar el Decreto Ley N° 211, en relación con la discriminación en el precio y en los términos de las transacciones comerciales⁸⁸

Esta propuesta tuvo como objetivo incorporar en la legislación vigente en su momento, disposiciones enfocadas a desalentar y sancionar conductas que constituyan competencia desleal o discriminación en los precios o en los términos de las transacciones comerciales. Entre otros la propuesta estuvo motivada por: i) la falta de normas eficaces que permitieran desalentar y sancionar conductas que atentan contra la libre competencia dentro del

⁸⁷ “En los casos señalados [...] en representación de los afectados podrá también ejercer de oficio las acciones pertinentes, el Fiscal Nacional Económico y los abogados que éste designe al efecto”.

⁸⁸ Proyecto ya archivado cuyo proceso se inició en abril de 1996. Número de Boletín 1824-03.



actual ordenamiento jurídico y ii) la denuncia en reiteradas oportunidades de competencia desleal o de conductas monopólicas en las distintas áreas productivas. Específicamente se menciona al mercado farmacéutico, donde existen antecedentes sobre prácticas en contra de la libre competencia, situaciones ratificadas por la FNE. A modo de ejemplo, se tiene el trato que dan ciertos laboratorios a algunas farmacias, a través de descuentos subjetivos, ofertas combinadas, ventas especiales para algunos clientes y privilegio en la información de las listas de precios.

El proyecto se rechazó, señalando entre otros los siguientes argumentos: i) las economías de escala han traído beneficios para los consumidores reduciendo el precio de los productos y mejorando las condiciones de comercialización; ii) la propuesta apunta a esclarecer y dar mayor transparencia a las relaciones entre los intermediarios y los proveedores y no se refiere al problema de la competencia desequilibrada entre grandes y pequeños establecimientos comerciales y iii) las normas vigentes bastan para alcanzar los objetivos que persigue el proyecto propuesto.

Proyecto de ley que establece restricciones a la instalación de mega comercios en zonas urbanas⁸⁹

Este proyecto de ley tiene por objetivo restringir el desarrollo en zonas urbanas de ciudades con menos de 50.000 habitantes de grandes establecimientos comerciales, los cuales se definen como aquellos que cuenten con una superficie mayor a 1.000 m² construidos de salas de venta. La medida se justifica en el sentido de que la aparición de los grandes establecimientos

⁸⁹ Proyecto iniciado en abril de 2005. Número de Boletín 3831-03.



comerciales habría generado serios deterioros en la capacidad de operación del pequeño comercio detallista. El proyecto hace alusión a la capacidad de entrega de crédito que tienen estos grandes comercios, ante los cuales los pequeños comerciantes no pueden competir. Adicionalmente, la medida busca justificarse en consideraciones de carácter urbanístico, señalando que la existencia de mega centros comerciales habría provocado en las ciudades chilenas un impacto urbanístico de grandes proporciones, ocasionando incluso el despoblamiento y abandono de tradicionales arterias o centros de consumo comunitario.

Proyecto de ley relativo al establecimiento de normas que protegen a los proveedores frente a la posición dominante del retail⁹⁰.

En mayo del 2007 un conjunto de parlamentarios presentó un proyecto de ley destinado a complementar la regulación de las relaciones comerciales entre proveedores y empresas abastecidas. Arguyen los parlamentarios en los considerandos de su moción para solicitar una explícita regulación que *“ el desarrollo del comercio en nuestro país, a partir de las nuevas estructuras de consumo, fundamentalmente a partir del otorgamiento del crédito por parte de las grandes tiendas de departamentos, de supermercados y, en general del denominado retail, junto al extraordinario crecimiento y desarrollo de este último, ha generado un fenómeno en las relaciones comerciales entre empresas abastecidas y proveedoras, muy similar al que en su época se produjo en las relaciones entre empleador y trabajador”*

⁹⁰ Boletín N° 5034-03.



Agregan que es posible constatar que es *“un fenómeno (comercial) cuya virtud se alteró de un modo profundo y significativo la igualdad entre las partes, con lo cual uno de los presupuestos o principios básicos de la contratación, cual es la libertad contractual, se vio alterado de tal modo que el Estado tuvo que intervenir a través del dirigismo contractual, estableciendo cláusulas imperativas en los contratos de trabajo, de manera de restablecer la igualdad entre las partes, e impedir, de ese modo, que el empleador abusare de su posición dominante”*.

Complementan que dichas causales han redundado en que *“las grandes tiendas... logran imponer los precios de los productos o servicios que demandan⁹¹,”* y que también se le impondrían al proveedor *“costos por la sola entrada del producto, o por concepto de una mejor posición física en la disposición interna de los productos”*. Finalizan su análisis reseñando que el *“abuso más garrafal (sic) sería la circunstancia de que las empresas abastecidas retardan “mañosa y caprichosamente” el pago a los proveedores”*

A partir de estas consideraciones es que proponen la obligatoriedad de toda Empresa Abastecida de elaborar un Reglamento General de Aprovechamiento, *“en el que se establecerán las condiciones con que deberán cumplir los proveedores, como asimismo, las condiciones que la Empresa Abastecida se obliga a respetar en sus relaciones comerciales”*

⁹¹ El proyecto utiliza como ejemplo de esa capacidad de imponer condiciones las promociones de llevar más productos por el precio de menos (lleve 4 pague 3), costo que sería soportado por el proveedor y no por la empresa abastecida.



El proyecto establece a este respecto una serie de regulaciones expresas que deberá contener el referido Reglamento, entre las que se incluyen: prohibición de la empresa abastecida a realizar cobros a los Proveedores de Menor Tamaño por concepto de entrada, de exhibición, de merma, de igualación de precios en caja; obligatoriedad para la Empresa Abastecida a pagar el precio de las mercaderías o el de las prestaciones que se le otorguen, dentro del plazo máximo de 30 días, cuando se trate de Proveedores de Menor Tamaño; obligatoriedad que el pago realizado fuera de los plazos máximos establecidos devengue el interés máximo convencional multiplicado por dos (sic).

Finalmente, el proyecto identifica potenciales multas para el caso de infracción, con márgenes de 500 a 3000 Unidades de Fomento, a beneficio fiscal el 40 % y el remanente en beneficio el respectivo proveedor, añadiendo que *“para recibir el pago del porcentaje de la multa, el proveedor no tendrá que acreditar perjuicios.”*

Los objetivos manifiestos con el proyecto de ley recién enunciado tienen como consideración conceptual subyacente el querer promover desde el Estado una la regulación explícita de las relaciones comerciales entre empresas abastecidas y proveedores a un estatus de mayor relevancia.

Para efectos de esta discusión resulta entonces relevante indagar acerca de cuáles son los elementos conceptuales presentes en el análisis de esta materia, con particular atención a la discusión que se ha desarrollado en jurisdicciones extranjeras, su jurisprudencia y cuáles serían las implicancias para Chile.



4.4.2. El bien jurídico protegido por el Decreto Ley 211

El bien jurídico que protege la legislación chilena de la libre competencia, de acuerdo al mensaje con que introdujo el proyecto de reforma al Decreto Ley 211, es *“defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores”*. Como bien identifica Domingo Valdés, se intentaron incluir excesivos objetivos en esta declaración de principios, generándose en los hechos una “Torre de Babel”⁹² en donde se superponen la protección de la libre competencia, la preservación del derecho a participar en actividades económicas y hasta la preocupación por el bienestar de los consumidores. Esta dificultad para identificar con precisión el objetivo central del bien jurídico protegido puede generarle dificultades a los órganos jurisdiccionales encargados de velar por su resguardo a la hora de interpretar sus postulados y el fin último a proteger.

De acuerdo a nuestra legislación, el poder monopólico en sí mismo no es reprochable. En palabras de Valdés, lo que exige nuestra legislación es que *“exista un monopolio estructural⁹³ dotado de poder de mercado y que dicho poder sea ejercido por el monopolista en una forma tal que lesione la libre competencia, bien jurídico tutelado de donde arranca la tipicidad y antijuricidad monopólica”*⁹⁴. Se intenta describir una situación de mercado

⁹² VALDES, “Libre Competencia y Monopolio”, 2006, página 93.

⁹³ El concepto monopolio estructural debe entenderse en un sentido amplio, sin que ello necesariamente corresponda a un ilícito, y sin entrar a distinguir si se trata de un monopolio o monopsonio puro, de un monopolio parcial, de un oligopolio u oligopsonio, duopolio o triopolio, etc.

⁹⁴ VALDES, “Libre Competencia y Monopolio”, 2006.



con una flexibilidad tal que no quede excluida ninguna forma de monopolio que pudiese presentar alguna significación ante el Derecho de la Libre Competencia.

A este respecto resulta relevante la revisión de la letra b) del artículo 3° del Decreto Ley 211 que establece que *“la explotación abusiva por parte de una empresa... de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otros productos, asignado zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”*. A su turno, la letra c) del mismo artículo prohíbe *“las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”*.

Como puede constatarse, la conceptualización de los tipos de acuerdos colusorios, de explotación abusiva de posición dominante y de competencia desleal encuentra su inspiración en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma de la Unión Europea.

En efecto, esta caracterización hace más referencia a la normativa de antitrust europea que a la *Sherman Act*, pues la primera considera el concepto de posición dominante mientras que la norteamericana ha empleado la noción de poder de mercado o poder monopólico. Asimismo, el modelo chileno –siguiendo al europeo– no incluyó una definición acerca de qué ha de entenderse por posición dominante en el mercado, entregando dicha tarea a los órganos encargados de velar por la libre competencia y los tribunales de justicia.



4.4.3. El Tribunal de la Libre Competencia y su ámbito de acción

Según lo dispuesto en el artículo 18 número 2) del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al Tribunal de la Competencia la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención, que presenten para su conocimiento quienes se proponen ejecutarlo o celebrarlo, pueda llegar a *“impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o a tender a producir dichos efectos”*. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica *ex-ante*, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos que voluntariamente lo consulten, respecto de la compatibilidad entre los efectos, actuales o potenciales, de dicho hecho, acto o convención, y la libre competencia en uno o más mercados en particular y, por lo tanto, respecto de su juridicidad.

Esta noción se desprende de las propias conclusiones vertidas por los organismos responsables de velar por la libre competencia en el país, al señalar que *“la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado [Decreto Ley 211], no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a*



precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado.”⁹⁵

En este sentido, la normativa defensora de la libre competencia se ha creado como una herramienta de protección de los mercados, su libertad y su eficiencia, lo que puede redundar en beneficios para los consumidores.

El énfasis ha de centrarse, tal como lo señala el fallo precedentemente citado, en el intento por *“salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica”*, sean personas públicas o privadas, en cuanto han de tener acceso a este bien jurídico tutelado, lo que lleva, asimismo, a vincular dicha protección con la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, referida a la libertad para desarrollar actividades económicas, derecho constitucional que constituye el “título habilitante” para actuar válidamente por parte de las personas naturales y entes jurídicos en sus emprendimientos, incluso en aquellas áreas económicas cuya regulación no está perfectamente delimitada o definida.

Este principio es ciertamente recogido también por la literatura chilena, la que siguiendo lo que ha expresado nuestra Excelentísima Corte Suprema de Justicia, ha postulado que *“el contenido de la actividad económica amparada por la norma constitucional no es reglado, predeterminado o definido por agente alguno: el particular y su creatividad podrá dar lugar a*

⁹⁵ Resolución N° 368, Considerando Segundo. Puede observarse, por ejemplo, una concepción semejante en las Resoluciones N° 90, Considerando 17; N° 93, Considerando 16; N° 99, Considerando 12 y N° 171, Considerando 5°.



actividades económicas no conocidas hasta ese momento, y que no por ello dejan de estar amparadas por el N° 21 del artículo 19”⁹⁶.

4.4.4. De cómo concurren los presupuestos de los ilícitos contra la libre competencia

El inciso 1° del artículo 3° del D.L. 211 contempla el ilícito universal antimonopólico consistente en ejecutar actos que restrinjan, o al menos entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos.

Así, dicho artículo prescribe 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 correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponer en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes (...):

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, 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 otros abusos semejantes”.

⁹⁶ Arturo Fermandois, libro “Derecho Constitucional Económico”.



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

4.4.4.1. Explotación abusiva de poder de mercado

Los organismos de libre competencia han conocido en reiteradas oportunidades de situaciones en que el poder de mercado de una empresa respecto de otra deriva, por ejemplo, de una situación que podría denominarse de dependencia económica, en términos tales que habilita a una empresa a entorpecer la actividad comercial de otra, sin que la empresa afectada tenga herramientas suficientes para contrarrestarlo.

A este respecto nuestra Jurisprudencia contiene ciertos elementos indicativos de la existencia de un poder de mercado, por ejemplo, el número de empresas en el respectivo mercado relevante; participación proporcional de la empresa investigada en el respectivo mercado relevante; tamaño absoluto de la empresa investigada; relación precio-costo de la empresa investigada; relaciones con proveedores y canales de distribución; elasticidad de la demanda; capacidad de fijación de precios en el mercado relevante respectivo; la existencia de ciertas ventajas comerciales, técnicas o financieras; persistencia de una empresa en la misma posición relativa al interior de un mercado relevante a lo largo de los años; facilidades de importación y de ingreso de nuevos competidores al respectivo mercado relevante, etcétera.

Así, se puede concluir que se encuentran en situación de dependencia las empresas clientes o proveedoras respecto de otra que ostenta una situación de poder relativo en el mercado, de forma tal que la empresa cliente o



proveedora no puede prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con la empresa que tiene el poder relativo, sin que su capacidad en el mercado se vea afectada de manera significativa. De aquí que la doctrina española aplique la denominación de “empresa fuerte” a la que tiene ese poder relativo y la de “contratante obligatorio” a la que está frente a ella.

En nuestro país, lo ha reconocido el mismo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por ejemplo, en relación al mercado de los medicamentos, al señalar:

“Que atendido el volumen de compras que realizan las denominadas “cadenas de farmacias”, estas constituyen canales de distribución difícilmente sustituibles y, por ende, gozan de poder de mercado al enfrentar las negociaciones con sus proveedores”.⁹⁷

En este caso, el poder de mercado radicaba en la prestación de un servicio que es difícilmente sustituible.

En suma, las conductas anormales constitutivas de los abusos pueden consistir, por ejemplo, en la obtención de ventajas extraordinarias en relación con las que se obtendrían en un ambiente de alta competitividad, o en el perjuicio grave irrogado a competidores actuales o potenciales, careciendo éste de una justificación objetiva basada en un legítimo interés mercantil.

⁹⁷ Sentencia N° 25/2005 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.



4.4.4.2. Sanciones del Tribunal de la Competencia ante cláusulas abusivas en los contratos

El tribunal de la Libre Competencia tiene la atribución legal de analizar la adecuación de las cláusulas acordadas por las partes con las normas de libre competencia. Todas aquellas cláusulas convencionales que en su opinión puedan ser consideradas abusivas podrán ser reemplazadas o removidas por el Tribunal, quedando a su determinación si la situación de reemplazo es de tal entidad para la naturaleza del contrato que hace recomendable dejarlo derechamente sin efecto.



5. MERCADOS, CONTRATOS Y LIBRE COMPETENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO-LEGAL

El mercado no existe si no hay intercambio de bienes y servicios. Y el intercambio de ellos no se puede articular si no es a través de actos jurídicos plasmados en contratos. En una economía de mercado el contrato es el núcleo fundamental de la asignación de derechos y obligaciones entre los contratantes. En un mercado que además es libre tienen que existir reglas de competencia para evitar prácticas contractuales colusorias. Resulta, pues, fundamental reseñar los alcances de la relación entre el contrato y el Derecho de la competencia, y sus implicancias para la interacción comercial de las PYMES con las grandes empresas.

Este tercer capítulo tiene por objeto identificar una aproximación complementaria al capítulo anterior, haciendo especial énfasis en el déficit de continencia contractual en la interacción jurídica de grandes empresas abastecedoras con pequeñas empresas proveedoras.

5.1. PYMES y Contratos Imperfectos

La teoría económica neoclásica sugiere que en un mercado competitivo que funciona con información completa, los contratos entre compradores y vendedores tendrán sólo términos eficientes. La misma literatura complementariamente predice que los contratos que sólo tienen cláusulas eficientes descansan en la presunción implícita de que los compradores llevan a cabo un análisis profundo de costos y beneficios —es decir, un análisis que es completo y compensatorio— entre todas las alternativas de productos que consideran comprar. Pero como sabemos, esta presunción



fundamental es poco realista, debido a limitaciones cognitivas, así como a limitaciones externas de tiempo y esfuerzo. La evidencia muestra empíricamente lo irreal de la presunción de contrapartes de un contrato plenamente informadas de sus alternativas y con capacidad ilimitada de sopesar los costos y beneficios de una determinada opción contractual. Así, todos los enfoques sobre toma de decisiones parten de una racionalidad limitada.

Como no siempre se verifica la presunción, la economía enfrenta ineficiencias manifiestas producto de la interacción contractual de las contrapartes. La suma agregada de esas ineficiencias se traduce en una externalidad negativa y en una pérdida de competitividad general de la economía de un país que obligan a tomar medidas de política pública que la subsanen y la corrijan.

Esa política pública ha tenido distintas maneras de aproximarse al mismo problema. La literatura ha identificado tres alternativas de regulación a la obligatoriedad total de los términos en las formas contractuales: (1) obligar a las partes a negociar completamente los contratos (2) imponerle, por medio de una ley, términos obligatorios a las partes contratantes (3) en sede judicial y de manera ex post evaluar y reemplazar los términos contractuales abusivos caso a caso.

5.1.1. Obligar a las partes a negociar completamente los contratos

Los contratos de formas estandarizadas –contratos tipo, en la terminología jurídica chilena- existen, claramente, por el ahorro en costos de transacción



que producen. El requisito de que todos los contratos sean negociados de manera individual incrementaría los costos de transacción tanto que muchas transacciones comunes y productivas serían económicamente impensables, haciendo de hecho casi imposible el intercambio comercial. Por eso la primera opción es poco práctica, y de todas maneras, no resolvería los problemas que tienen su origen en la racionalidad limitada del comprador.

5.1.2. Imponer por ley términos obligatorios a las partes

Las formas contractuales pueden ser reemplazadas por términos mínimos legalmente obligatorios que gobiernen las relaciones entre compradores y vendedores. En vez de ordenar la ejecución de términos adhesivos en formas preimpresas o de requerir que las partes negocien o prueben un consentimiento específico de cada término, el Estado dictaría el contenido de dichos términos *ex ante* al promulgar un grupo de términos que vendrían a reemplazar la letra menuda de muchos tipos de contratos. Pero lo cierto es que los argumentos de eficiencia son extremadamente difíciles de hacer, debido a que cambiar el contenido de un término contractual puede tener como efectos secundarios incentivos para tanto compradores como vendedores que son difíciles de evaluar con algún nivel de precisión.

Además, los beneficios potenciales de los términos obligatorios traen con ellos problemas sustanciales. Los términos obligatorios *ex ante*, por su naturaleza, no están diseñados para situaciones que se dan en contextos específicos. Entre menos específico sea el término, es más probable que éste lleve a designar los riesgos y responsabilidades entre las partes de manera ineficiente. En efecto, los términos obligatorios *ex ante* no pueden ser



ajustados perfectamente a los requisitos de eficiencia de un mercado específico, y los legisladores probablemente no pueden promulgar el contenido *ex ante* para una cantidad de términos distintos que pueden aparecer en las formas contractuales.

Estos problemas sugieren que los términos obligatorios *ex ante* pueden ser parte de una respuesta gubernamental a las fallas del mercado que resultan de la invisibilidad de ciertos términos, pero no pueden ser y o deben ser toda la respuesta. Más específicamente, los términos obligatorios *ex ante* son deseables cuando una regla sencilla o ligeramente complicada garantiza que el contenido será eficiente para una gran mayoría de los contratos. Este hecho explica por qué los académicos del análisis económico del derecho usualmente recomiendan que sea el mercado el que determine el contenido de los términos contractuales en vez de agentes estatales. Por eso es que la segunda opción, aunque posible, no puede ser una solución completa del problema.

5.1.3. Evaluar en sede judicial, *ex post* y caso a caso los términos contractuales abusivos

La alternativa que sean los tribunales quienes identifiquen y sancionen *ex post* las cláusulas abusivas de los contratos implica necesariamente contar con una importante competencia y capacidad judicial. Al mismo tiempo, implicaría para las partes contratantes un nivel no deseado de inseguridad jurídica respecto de la validez de las cláusulas que convinieren.

En conclusión, la mejor respuesta al problema de la racionalidad limitada en la negociación de las cláusulas entre las partes es combinar elementos de las



opciones segunda y tercera al incrementar el uso de términos obligatorios, y, de manera concurrente, confiar en la capacidad judicial de revisar los términos ofrecidos. Esa parecer ser la orientación de algunas de las iniciativas legales presentadas anteriormente en este informe. Por ejemplo, el proyecto de ley para establecer normas que protejan a los proveedores frente a la posición dominante de las firmas del retail, tiene como fundamento explícito establecer, vía legal, un equilibrio de las relaciones contractuales entre empresas abastecidas y sus proveedores. En este caso se pretende imponer términos obligatorios para ambas partes a través de un reglamento general de aprovisionamiento, cuya elaboración corresponda a la empresa abastecida. Ello supone avanzar en la implementación de la segunda opción presentada para hacer frente a los contratos económicamente imperfectos a que se deben someter las PYMES dada su capacidad de negociación ante una contraparte aparentemente de mayor poder y tamaño.

Aún sin tener certeza sobre la eficiencia real de esta medida, igualmente es más conveniente que la alternativa de obligar a las partes a negociar todas y cada una de las cláusulas contractuales, porque, además del alto costo de oportunidad que ella implica, si lo que se pretende es evitar el abuso del poder de mercado en la configuración de un contrato, sería absurdo responder con una política pública que en el fondo estaría allanando el camino para ejercer dicho poder al exigir una negociación total de los términos comerciales. En cada una de esas negociaciones particulares, exigidas por la ley, la firma con poder de mercado tendría la chance de ejercerlo, con lo cual la regulación terminaría siendo incluso más costosa que la falla de mercado llamada a remediar.



Sin embargo, no es claro que esta iniciativa de imponer por ley un reglamento general de aprovisionamiento solucione el problema. Aún podría existir la posibilidad que las empresas abastecidas no establezcan dicho reglamento, o lo incumplan, prefiriendo asumir el costo de la sanción respectiva en vez de perder la posibilidad de obtener las ganancias que su poder de mercado les proporcione,

Por ello es que la tercera alternativa, o sea, la revisión judicial ex post de los términos abusivo, si bien parece lógica desde el punto de vista de un Estado de Derecho en el que los conflictos de relevancia jurídica se resuelven vía judicial, puede no ser totalmente eficiente dado el alto costo de oportunidad que significa, la incertidumbre sobre su resultado y la capacidad de la judicatura para arribar a una resolución basada en un correcto análisis de las justificaciones económicas de las conductas calificadas como abusivas.

Conforme a lo anterior, la solución más conveniente sería una que se inspirara en la segunda alternativa –términos comerciales mínimos- pero no a través de la imperatividad de la ley, sino por medio de instancias de autorregulación entre los mismos agentes del mercado, generando los incentivos adecuados para que estos quieran incurrir voluntariamente en un corpus mínimo de términos contractuales y de mecanismos de solución de controversias más eficiente, manteniéndose las disposiciones e instituciones de la libre competencia como norma de clausura ante la persistencia de las prácticas anticompetitivas.



5.2. Poder Desigual de Negociación

A la naturaleza adhesiva por parte de las PYMES a las formas contractuales, se suma la percepción de desigualdades de poder de negociación entre éstas y las grandes empresas. El reclamo implícito es que las grandes empresas usan su poder de negociación para obligar a las PYMES a aceptar el grupo de términos contractuales que las dejen en peores condiciones de lo que estarían si el poder de negociación fuera más parejo entre las partes.

Así, por ejemplo, en términos generales es esperable que los proveedores pequeños y medianos carezcan de efectivo poder de negociación frente a las cadenas de retail dominantes. En tal situación, dichos proveedores podrían verse obligados a soportar prácticas abusivas impuestas por las cadenas, por ejemplo, mediante la modificación *ex post* de las condiciones de contratación inicialmente acordadas, especialmente cuando parte de los activos del proveedor tiene valor específico a alguna de las grandes cadenas. Sin embargo, la desigualdad en el poder de negociación no implica necesariamente una inusualmente alta probabilidad de términos contractuales ineficientes.

5.2.1. Poder desigual y poder de mercado

Se alega que el desigual poder de negociación que resulta del poder de mercado de grandes empresas le permite forzar a las PYMES con términos contractuales onerosos y que esta situación representaría una imprevisibilidad procesal. Es verdad que cuando una PYME puede vender su producto a un solo comprador monopolista o no comprar nada, el comprador disfruta de



cierta ventaja para negociar que no tendría en un mercado competitivo⁹⁸. Con todo, aun los monopolistas tienen un incentivo para ofrecer términos eficientes, porque al hacerlo pueden maximizar las ganancias de un monopolio.

5.2.2. Poder desigual y tamaño relativo

A su turno, las PYMES pueden ser víctimas de un poder desigual de negociación a partir de la posición de mercado de una gran compañía (aunque no necesariamente una monopolística), permitiéndole imponerle a las PYMES términos que no les son muy favorables.

La fuerza relativa de negociación de una parte se encuentra definida no por su tamaño específico, sino porque tiene a su disposición otras opciones de contratar. Puede haber una correlación entre el tamaño de una parte y su poder de negociación, porque las grandes compañías tienen en promedio más y mejores alternativas si un contrato no se concluye que las que tendrían compañías pequeñas o individuos. Y las grandes compañías, al igual que los monopolios, sin duda alguna intentarán tomar ventaja en la negociación contractual del hecho de que tienen más opciones que las otras partes contratantes.

⁹⁸ En el importante caso de *Henningsen v Bloomfield Motors*, los jueces revisaron una forma contractual de la venta de un auto que incluía una limitación a la garantía. La Corte identificó como una preocupación procesal el hecho de que las tres compañías de fabricación de autos más grandes de Estados Unidos usaran el mismo término contractual que favorece a la industria automotriz. De acuerdo con los jueces, esto hacía que la capacidad de negociación de las partes fuera “groseramente desigual”.



5.3. Imprevisibilidad Sustancial entre las Partes

La teoría de la imprevisibilidad sustancial viene a hacerse cargo del desequilibrio existente en las cláusulas contractuales convenidas entre las partes. Con todo, no existe opinión unánime entre los juristas respecto de bajo qué circunstancias o qué constituye precisamente la imprevisibilidad sustancial. Un término sustancialmente imprevisible es uno que es “demasiado duro” o “desequilibrado”, es “tan desequilibrado que es opresivo”, es “demasiado favorable para el oferente”, “choca a la conciencia” pero de manera uniforme los jueces no han ofrecido una formulación de cómo se cumple este estándar.

Por su parte, Korobkin⁹⁹ hace un replanteamiento de los motivos que podrían alegarse para dejar sin efecto una o más cláusulas de un contrato por adhesión basándose en la figura tradicional de unconscionability¹⁰⁰, doctrina contractual del common law según la cual una parte puede excepcionar ante una demanda judicial de cumplimiento de contrato cuando los términos de éste son abiertamente injustos e inequitativos. Esta doctrina de la inequidad contractual puede predicarse en sentido sustancial, caso en el cual, según las mismas palabras del autor, “*los jueces deben examinar si los*

⁹⁹ Korobkin, Russell (2003) “Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability”. *University of Chicago Law Review*, Fall.

¹⁰⁰ El texto original usa la palabra “unconscionability” para referirse a la incapacidad de alguna de las partes en un contrato de tener en cuenta y evaluar todos los términos contractuales y prever las consecuencias jurídicas de aquellos términos menos visibles. En otras palabras, este término alude a limitaciones cognitivas que le impiden al comprador tener en cuenta todos los términos de un contrato, así como las consecuencias jurídicas que pueden producir. Así mismo, tanto la jurisprudencia (ver por ejemplo el celebre caso de “Williams Vs. Walker — Thomas Furniture Co.”) como la doctrina resaltan que dichas limitaciones cognitivas se deben a condiciones socio-económicas de los compradores como su nivel de ingresos, su educación o su escaso poder de negociación frente a las grandes corporaciones que usan contratos de adhesión.



*beneficios que un término de baja calidad representa para a los vendedores en términos de costos de producción, distribución y ventas exceden el valor de un término alternativo para un comprador potencial*¹⁰¹. La inequidad procesal, a su turno, se concreta cuando un demandante, para obtener la declaración de ineficacia de una estipulación, debe asumir la carga de la prueba para demostrar que un término es invisible (a pesar de aparecer como aceptado por él o ella) con miras a desvirtuar la presunción de obligatoriedad de los contratos por adhesión.

Cuando los jueces encuentran un término sustancialmente imprevisible, casi siempre centran su atención completamente en explicar por qué el término es extremadamente beneficioso para los vendedores o pernicioso para los compradores. Al hacer eso, no suelen considerar los beneficios que resultan para los compradores en bajos precios.

De manera más importante, los jueces usualmente no consideran que si los beneficios que un término le genera al vendedor exceden los costos de los compradores, el paquete de atributos que resulta, incluyendo el precio, será más deseable para los compradores como grupo que si el término en cuestión fuera de alta calidad. En otras palabras, la falla evidente en la jurisprudencia de la imprevisibilidad sustancial es que los jueces se centran en la utilidad del término de baja calidad que se disputa de manera *ex post*, en vez de fijarse en la utilidad de todo el contrato para los compradores *ex ante* si se compara con un contrato contra-fáctico en el que el término disputado

¹⁰¹ Ejemplos de legislación en ese sentido son las normas del Código Civil italiano sobre cláusulas vejatorias (Secc 1469 bis) y la Directiva de Términos Injustos en Contratos con el Consumidor de la Unión Europea de 1993.



era de alta calidad y los otros términos (incluyendo el precio) eran ajustados a la luz de esto.

En años recientes, un gran grupo, si no la totalidad, de las decisiones judiciales que se han publicado sobre la obligatoriedad de los términos en las formas contractuales han sido sobre cláusulas compromisorias, en las que la forma contractual estipula que cualquier disputa que surja del contrato debe ser adelantada por medio de arbitramento en vez de ser llevada ante la jurisdicción ordinaria. Por lo tanto, la jurisprudencia sobre cláusulas compromisorias es una buena fuente de introspección sobre la doctrina de la imprevisibilidad sustancial.

Con todo, debiera ponerse atención a los reclamos sobre cómo el costo del arbitraje resulta prohibitivo para las PYMES, sobretodo si se compara este con el valor de las pretensiones del demandante



6. EL ROL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA REGULACIÓN DE ABUSOS COMERCIALES CONTRA LAS PYMES

A través del Derecho de la Competencia se puede ejercer un control sobre elementos del contrato y de las cláusulas contenidas en él: precio de la operación económica, plazos máximos de pago, condición de concesión de bonificaciones, limitación del nivel de bonificaciones, intereses a pagar, inclusión en el precio de gastos, limitación de la garantía, cláusulas de exclusividad. Hay prácticas contractuales que requieren una respuesta por el Derecho de la Competencia, particularmente cuando se introducen mediante pactos y cláusulas distorsionadores del bien jurídico protegidos de la libre competencia. La prohibición del abuso de la posición dominante en la contratación puede tener como efecto, directo o indirecto, que las autoridades de la competencia penetren en el contenido de un contrato, negando la eficacia o declarando, siempre a la luz de los Derechos nacionales, la nulidad de cláusulas colusorias o abusivas u otro tipo de reparaciones.

A este respecto resulta importante hacer un análisis de la manera en que la legislación chilena de libre competencia promueve la no existencia de conductas antijurídicas fundadas en el poder de mercado.

6.1. Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

6.1.1. AGIP con Líder

El año 2001 la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras AGIP S.A. realizó



una denuncia ante la Comisión Preventiva Central contra Supermercados Líder, cuya apelación fue vista por la Corte Suprema fundándola en que dicha empresa realizó una fiesta con promoción para chocolates que ofreció vender al consumidor con un descuento especial del 30%, exigiendo a las diversas empresas proveedores participar en esa promoción. La empresa Nestlé se negó a participar, razón por la cual Supermercados Líder, como represalia, retiró los chocolates de esa marca desde las estanterías de sus distintos puntos de venta, en los locales de Santiago y Regiones.

En lo que importa para este trabajo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resolvió lo siguiente: primero, que las cadenas de supermercados que han sido parte en la causa deben abstenerse de realizar conductas que impliquen alterar *ex post* y unilateralmente el precio y las demás condiciones de las compras previamente acordadas con los proveedores; segundo, que *“dichas cadenas deben establecer en forma objetiva y no discriminatoria las condiciones en las que se efectuarán sus compras a los proveedores”*, debiendo informar a cada uno de ellos, antes de efectuarles compras, cuáles son éstas¹⁰².

¹⁰² Probablemente fruto del aprendizaje propio de su competencia jurisdiccional es que el Tribunal de la Libre Competencia va más allá y agrega dos puntos controvertibles para una resolución de un Tribunal: que las cadenas de supermercados que han sido parte en la causa y las personas relacionadas con ellas deben consultarle en forma previa, cualquier negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique directa o indirectamente su integración o fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas. Luego, se advierte a la empresa D&S que en el futuro debe abstenerse de realizar conductas como las denunciadas, esto es, la relativa a la promoción en la venta de chocolate durante la temporada previa a la navidad de 2001, que afectó a la empresa Nestlé.



6.1.2. Labbé con Shell

Un segundo caso relevante a analizar es la demanda que presentó la Sociedad Labbé en contra de Shell Chile, alegando que ésta incurrió en graves y reiteradas conductas de abuso de posición dominante, fundamentalmente manifestados en los contratos de franquicia que suscribió con Shell que contenían disposiciones que imponían condiciones contractuales desiguales y arbitrarias, situación que configuraba las condiciones para una absoluta dependencia económica.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia, y acogió la demanda interpuesta sólo en cuanto declaró que Shell Chile infringió el Dictamen N° 438 de la Comisión Preventiva Central.

6.1.3. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra D&S S.A. y Cencosud S.A.

En julio de 2006 la Fiscalía Nacional Económica dedujo ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia un requerimiento¹⁰³ contra D&S S.A. y Cencosud S.A. en el cual les imputó *" estar desarrollando, desde hace varios años, agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento (...) con lo cual, por una parte, han eliminado competidores actuales, concentrando en su favor la industria y, por la otra, han levantado una fuerte barrera estratégica a la entrada de nuevos competidores, generando para sí un enorme poder de mercado, con el consiguiente riesgo de abuso, concertado o unilateral, para consumidores, competidores actuales y potenciales, y proveedores."*

¹⁰³ Causa Rol N° C 101-06.



Sobre los proveedores en particular la Fiscalía expresó que las requeridas *“efectivamente han ejercido ese poder de mercado, específicamente su poder de compra, en contra de sus proveedores, imponiendo condiciones de compra subjetivas, discriminatorias y sorpresivas, y alterando ex post y unilateralmente las ya acordadas.”*

Conforme a esas imputaciones, la Fiscalía solicitó, entre otras medidas, ordenar al Tribunal que las requeridas se sujetaran en el futuro a un contrato marco que normara sus relaciones con todos sus proveedores el cual debía ser aprobado por el Tribunal.

Durante la tramitación del requerimiento, la Fiscalía Nacional Económica y D&S S.A. llegaron a un avenimiento¹⁰⁴ en el que ambas partes expresaron su intención de prevenir riesgos para la competencia en las relaciones entre D&S S.A. y sus proveedores, atendido el derecho de D&S S.A. a desarrollar su actividad económica y obtener las legítimas ganancias que de ella provengan, en el contexto de una actividad, la supermercadista, no sujeta a una regulación especial. En esta línea, dicho propósito se lograría sujetándose las relaciones de la firma con sus proveedores a *“términos y condiciones transparentes, generales y objetivas, conocidas con antelación, sin perjuicio de reglas especiales para aquellos Proveedores de Menor Tamaño y de las particularidades que, dentro de aquel marco general, se pacten con cada Proveedor, estando en todos los casos asegurado el cumplimiento de los términos pactados.”*

¹⁰⁴ Aprobado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia mediante resolución de fecha 17 de enero de 2007.



Así, mediante el avenimiento se acordaron condiciones sobre los siguientes puntos: aprovisionamiento¹⁰⁵; cobros efectuados por D&S a sus proveedores y la opción de estos de reflejar estos cobros en descuentos aplicados en sus facturas¹⁰⁶; pagos de facturas a treinta días; tarifas de entrada¹⁰⁷; cobros por merma¹⁰⁸; prevención y resolución de controversias¹⁰⁹; y acciones de responsabilidad social con el objeto de incentivar y fomentar el acceso de nuevos proveedores a los supermercados D&S.

¹⁰⁵ D&S se obligó a elaborar un documento denominado “Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento” (“TCGA”) por el cual se determinen las condiciones de aprovisionamiento que regirán, de manera transparente, general y objetiva, las relaciones con sus proveedores. Dicho documento debe ser público, de forma tal que a ellos tengan fácil acceso todos los proveedores y los que en el futuro deseen serlo y deberán dar cuenta de los aspectos comerciales, logísticos, operacionales y financieros aplicables a la relación entre D&S y sus proveedores, en particular, de las transacciones y los correspondientes cobros entre las mismas partes, no pudiendo estipularse otras transacciones y cobros que los allí contemplados.

¹⁰⁶ Debe identificarse de manera separada cada uno de los conceptos que den lugar a los cobros efectuados a sus proveedores, lo que deberá estar detallado en los “TCGA” y los montos pactados con cada proveedor por cada uno de esos conceptos deberán constar por escrito en los acuerdos particulares complementarios al “TCGA”.

¹⁰⁷ Se asume el compromiso de eliminar, respecto de los proveedores de menor tamaño, los cobros efectuados por concepto de exhibición y ofrecimiento de nuevos productos, o de productos de nuevos proveedores de menor tamaño.

¹⁰⁸ Consiste en instaurar y mantener permanentemente a disposición de los proveedores, una instancia de revisión y ajuste semestral de la tarifa por merma pactada con estos últimos, utilizando para ello, de manera transparente, los datos estadísticos concernientes a las mermas habidas para la categoría de productos de que se trate en el período semestral inmediatamente anterior.

¹⁰⁹ D&S se obligó a implementar un organismo denominado “Defensoría del Proveedor”, dependiente de su Contraloría Corporativa, sin perjuicio de la fiscalización que a su respecto pueda realizar la FNE en el marco de sus atribuciones legales. El objetivo de la Defensoría del Proveedor será prevenir y resolver, de manera imparcial, objetiva, de buena fe, y en carácter de mediadora, cualquier controversia o dificultad que se produzca entre las entidades e instancias operadoras de los Supermercados D&S y uno cualquiera de sus proveedores respecto de los acuerdos que rijan sus relaciones.



6.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema en Causas de Posición Dominante¹¹⁰

La Corte Suprema no ha tenido oportunidad (o ha evitado) de realizar análisis del fondo de las causas de libre competencia en las que medianas o pequeñas empresas proveedoras reclaman abuso de posición dominante por parte de grandes empresas abastecedoras. Las dos causas de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Libre Competencia analizadas precedentemente sirven para ilustrar este punto.

6.2.1. AGIP con Supermercados Líder

Supermercados Líder procedió a reclamar la resolución del TDLC ante la Corte Suprema, particularmente en lo que decía relación con la decisión tercera de dicho fallo que hacía referencia a la consulta previa y obligatoria que Líder debía hacer a dicho Tribunal en las circunstancias que señalaba. Sin embargo, en la resolución de la Corte, resolviendo la reclamación, esta no entró a analizar el fondo del eventual abuso de la posición dominante denunciado, optando por realizar un análisis sólo vinculado a la forma y el debido proceso.

Advierte en su resolución de mayo del 2005 que la Ley N° 19.911 eliminó las facultades del Tribunal de la Libre Competencia para actuar de oficio, que la denuncia de la AGIP no estaba relacionada con alegaciones acerca de la concentración del mercado relevante sino con aspectos puntuales en las

¹¹⁰ "Se realizó además una extensa revisión de la jurisprudencia nacional relacionadas con potenciales demandas de indemnizaciones de perjuicios que hubieren sido presentadas por PYMES afectadas por eventuales cláusulas abusivas contenidas en sus contratos como proveedores de grandes empresas. La revisión consideró un período que va desde el 2003 hasta julio del 2008, de ese tipo de causas ventiladas ante la Corte Suprema. El resultado de esa búsqueda fue negativo, sin encontrarse sentencias de esa naturaleza"



relaciones jurídicas y comerciales entre los proveedores y los supermercados, y que por lo tanto la decisión tercera del fallo se desvía del objeto del debate, en una especie de ultra petita, acogiendo en consecuencia la reclamación de Líder.

6.2.2. Labbé con Shell Chile

El 27 de septiembre de 2007 la Corte Suprema resolvió la reclamación presentada tanto por la sociedad franquiciada como por Shell Chile. En su resolución la Corte se atuvo por argüir un aspecto procesal de la causa, invocando el criterio de privilegiar la resolución previa de la instancia arbitral en que ambas partes discutían la vigencia de los contratos objeto de la controversia. Concluye que sólo es posible la modificación o eliminación de cláusulas que se encuentren fehacientemente vigentes, y que este no sería el caso porque existe litigio pendiente.

Complementariamente, la Corte recoge un argumento de Shell Chile en cuanto a la improcedencia del actuar del Tribunal de la Libre Competencia, por cuanto dicho tribunal había actuado de oficio *“situación que no le está permitida, de acuerdo al claro tenor del artículo 18 del Decreto Ley 211, que en su letra a) señala que a dicho tribunal le corresponde conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a dicho cuerpo legal”*.

Como se ve en ambos casos, la Corte Suprema tiene especial interés en sus fallos en dejar plenamente establecidos los ámbitos de competencia jurisdiccionales que le corresponden al Tribunal de la Competencia, dejando



algo rezagado la opinión doctrinaria de fondo acerca de su concepción de que conductas constituyen abuso de posición dominante.

La revisión anterior permite extraer algunas conclusiones importantes para el propósito de este trabajo:

En primer lugar, dejan de manifiesto la interrelación entre mercado, contratos y libre competencia en los términos expuesto previamente en este informe. Así, en los casos revisados las disputas en sede de libre competencia se han fundado en reclamos acerca de las obligaciones contractuales que rigen el vínculo comercial entre las partes, específicamente, en su imposición en la fase de negociación y celebración del contrato, o bien, en su modificación unilateral y abusiva durante la ejecución del mismo no obstante haber sido negociadas y pactadas de común acuerdo.

La evidencia empírica de la jurisprudencia nacional e internacional muestra que la posición relativa que detentan los agentes de un mercado, en sus distintos segmentos, como es el caso de proveedores y distribuidores, influye de forma decisiva en el poder negociador que son capaces de ejercer a la hora de acordar un vínculo comercial, especialmente aquellos permanentes en el tiempo. En este sentido, será común que aquel que logre ejercer ese poder de mercado en la fase de negociación, intentará traspasarlo al contenido del contrato para premunirlo así de todo el rigor de la *pacta sunt servanda*, principio esencial del derecho de los contratos, por el cual estos son una ley para los contratantes que sólo puede ser derogado por consentimiento mutuo o por causas legales.



Ahora bien, en caso de no poder plasmar ese poder de mercado en cláusulas contractuales de carácter anticompetitiva e ineficiente, dicho poder permitirá también operar en el sentido inverso, es decir, ejercerlo para doblegar el rigor del mismo principio al modificar unilateral, arbitraria e intempestivamente condiciones que originalmente fueron mutuamente acordadas con miras a crear un vínculo comercial equilibrado y eficiente desde el punto de vista de la asignación de recursos, derechos y obligaciones.

En segundo lugar, los casos presentados muestran que, existiendo situaciones de poder de mercado en las relaciones comerciales, la institucionalidad responsable de velar por la libre competencia ha operado correctamente. En efecto, ha sido capaz de someter a su conocimiento conflictos acaecidos entre firmas de tamaño pequeño o mediano y grandes firmas, darles una un encausamiento adecuado y proveer una solución que resguarda esa libre competencia. Esas soluciones a su vez han tenido diferentes expresiones, reconociendo entre ellas la posibilidad de sentencias que corrijen el abuso anticompetitivo impregnado al vínculo comercial en el contrato mismo, o en su ejecución mediante exigencias de abstención de conductas abusivas hacia el futuro y obligaciones de establecer condiciones objetivas y no discriminatorias. Asimismo, se ha plasmado en la promoción de “Acuerdos” o “Avenimientos” directos entre las partes, una vez iniciado el litigio o precaviéndolo, como una manera de propiciar instancias de autorregulación que tengan el doble efecto de evitar, por un lado, nuevos abusos anticompetitivos y determinar fórmulas de resolución más expeditas y eficientes y, por otro lado, el efecto de erigirse como un benchmark de



buena práctica comercial a ser tenido en consideración por el resto de la industria. Con todo, en estos “Acuerdos” se reconoce y mantiene como norma de clausura la institucionalidad de la libre competencia para corregir la perseverancia de dichas conductas y las fallas de mercado e ineficiencias a que estas dan lugar.

Conviene tener presente, eso sí, que la interrelación entre contratos y libre competencia, en la forma apuntada en este informe, no supone una identificación total entre ambos. La interacción se presentará en la medida que los términos de un contrato atenten contra el bien jurídico protegido por la libre competencia, es decir, la garantía de la libertad económica de todos los participantes del mercado y la eficiencia de su ejercicio. En los casos revisados, esta relación se ha producido a través de la figura del abuso de posición dominante o dependencia económica que, plasmada en los contratos, ha conducido a situaciones comerciales ineficientes en las que firmas de tamaño pequeño y mediano han debido soportar condiciones abusivas que pongan en riesgo su posición o, incluso, su permanencia en el mercado.

Esta necesaria diferenciación es importante precisamente a la hora de determinar las instancias de resolución judicial de controversias. Si bien se ha señalado en este informe que las instituciones de la libre competencia han sido capaces de ofrecer soluciones a los conflictos que enfrentan las PYMES en sus relaciones comerciales, estas soluciones continuarán cumpliendo su objetivo y eficiencia en la medida que esos conflictos versen sobre aspectos propios de la libre competencia, y el bien jurídico que protege, y no se tienda a mal utilizar dicha institucionalidad para intentar corregir conflictos de



carácter netamente civil, comercial o redistributivo. Es decir, la institucionalidad de la libre competencia no será el lugar propicio para dar solución a meras infracciones contractuales reprochables únicamente desde el punto de vista civil o para ventilar conflictos acerca de instituciones típicas del derecho de los contratos tales como la imprevisión, la teoría de los riesgos o simplemente la interpretación de los contratos, con miras a lograr objetivos distintos a la eficiencia económica en las relaciones comerciales.

En tercer lugar, la jurisprudencia analizada permite percibir que a pesar que la institucionalidad de la libre competencia es capaz de dar soluciones a los conflictos que enfrentan las PYMES en sus relaciones con los grandes distribuidores, dicha capacidad se puede ver amenazada por la actitud asumida por la Corte Suprema que, conociendo por la vía de reclamación, ha optado de modo general por priorizar su análisis a cuestiones procedimentales, importantes por cierto, pero que terminan rezagando un análisis de fondo sobre la justificación económica de las conductas calificadas como anticompetitivas, lo que supone el riesgo de terminar refrendando judicialmente las ineficiencias derivadas de términos contractuales abusivos y dañinos para la libre competencia.



7. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

7.1. Jurisprudencia de EEUU

Tal como mencionáramos precedentemente en este trabajo, la legislación y jurisprudencia de Estados Unidos no reconoce expresamente la figura del abuso de posición dominante, pero sí la de poder de mercado y de eventuales ilícitos asociados. Con todo, esa diferencia no es relevante al tratar las conductas exclusorias que son tradicionales en la interacción de PYMES con grandes empresas abastecedoras o de otra naturaleza.

7.1.1. Jurisprudencia que reconoce la primacía de proteger la competencia por sobre los competidores

Un caso complementario, de implicancias relevantes para este trabajo, lo constituye la sentencia del asunto *United States v. Topco Associates*, de donde surge la afirmación de que *“las leyes antitrust en general, y la Sherman Act en particular, son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para garantizar la libertad económica y nuestro sistema de libre mercado como la Bill of Rights lo es para proteger nuestros derechos y libertades individuales”*.¹¹¹ Para los precursores de esta visión, y a partir de la importancia central de respetar el ordenamiento jurídico, debiera ponerse especial acento sobre los efectos económicos de la competencia, más allá de las funciones sociales que de ella se esperan. Dichos efectos consisten, básicamente, en la garantía legal de un Estado de Derecho que respeta la libertad económica de todos los participantes en el mercado

¹¹¹405 U. S. 596 (1972).



7.1.2. Jurisprudencia vinculada a causas de prácticas comerciales exclusorias

La jurisprudencia americana contiene casos muy importantes en los que se identificó la existencia de prácticas comerciales exclusorias y sus efectos sobre el funcionamiento de los mercados. El primero de ellos es el caso Alcoa, en el que la Suprema Corte de EE.UU. estableció que esta firma había monopolizado el mercado de aluminio, ya que había sido algo más que un mero “*beneficiario pasivo*” de un poder monopólico, al haber realizado “*acciones reiteradas con el propósito de alcanzar y mantener ese poder*” en detrimento de pequeños competidores. Aclara más adelante en el mismo fallo que la exclusión no se limitaba a la realización de “*maniobras no honestamente industriales, o activadas solamente por el deseo de prevenir la competencia*”, ya que la figura es más amplia e incluye “*cualquier curso de acción que sea deliberado, en el sentido de que una firma tiene la libertad de adoptarlo o de no adoptarlo, y que tiene el efecto de excluir a firmas rivales*”.¹¹²

7.1.3. Jurisprudencia de casos asociados al poder de mercado

Un caso interesante de analizar es la Sentencia *Brown Shoe Co. v. United States*, en la que la Corte Suprema decretó la ilegalidad de la adquisición por parte de dicha empresa –fabricante de zapatos– de la firma G. R. Kinney Co., un distribuidor de zapatería. En efecto, en esta polémica decisión –calificada por el Juez POSNER como el máximo exponente de lo errado que es proteger “los pequeños negocios en vez de el proceso competitivo”– se reestablece el concepto de que a pesar de mayores costos, las consideraciones

¹¹² U.S. vs. Aluminium Co. of America (ALCOA). 1964.



competitivas deben ceder a favor de la protección de los pequeños negocios. Lo cierto es que ningún tribunal norteamericano secundaria hoy la doctrina *Brown Shoe*.

En el caso *Times-Picayune* la Corte americana consideró que para que prosperara una denuncia consistente en el intento de “destruir la competencia u obtener un monopolio” debía probarse que las conductas comerciales no se ajustaban a una “competencia en su mérito (competition on the merits)”, debido a que los medios empleados para obtener un mayor poder de mercado habían sido “ilegítimos, por ser ajenos a las prácticas comerciales usuales”.¹¹³

Más explícitamente aún, en los casos *Spectrum Sports y Union Leader Corp. vs. Newspapers of New England Inc.* se estableció coincidentemente que la ilegalidad requería “algo más que una competencia vigorosa” o “un intento de desplazar competidores”, siendo ese algo más que la conducta comercial se caracterizara porque “una persona que se embarca en una pelea a muerte intente utilizar o utilice armas impropias”.¹¹⁴

7.1.4. Jurisprudencia vinculada a casos de precios predatorios

Es cierto que cuando se prueba que el precio de venta está por debajo de los costos variables medios es más probable que se interprete que la conducta puede ser predatoria. En la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *ARCO* de 1990 se justificó un comportamiento de

¹¹³ *Times-Picayune Co. vs. United States*. 1953.

¹¹⁴ *Spectrum Sports Inc. vs. McQuillan* 506 US (1993) y *Union Leader Corp. vs. Newspapers of New England Inc.* 365 US (1961)



precios agresivo en el mercado de combustibles de California precisamente porque la empresa vendía por encima de dichos costos.

Sin embargo, en un fallo reciente de la industria del tabaco la Corte Suprema sostuvo que vender a pérdida (precio debajo del costo medio variable) durante 18 meses no era prueba suficiente de que existiera una posibilidad importante de recuperar la supuesta inversión predatoria porque la firma demandada tenía sólo 12% del mercado de cigarrillos y la posibilidad de cobrar precios mayores a la competencia dependía de una acción concertada con otros oferentes, que parecía de imposible concreción en este caso¹¹⁵.

Se había llegado a una conclusión similar en el caso Matsushita de 1984, porque la firma demandada mantuvo los precios bajos durante mucho tiempo, lo cual sugería que era poco probable que se tratara de un caso predatorio. Del mismo modo, en el caso Borden se impidió a la empresa que vendiera el uso de la marca en una determinada región a un valor menor al costo medio variable por siete años, lo que permite inferir que de allí en adelante se podía, incluso, comercializar por debajo del costo. Con todo, ninguna de las leyes americanas requiere la prueba de que el plan predatorio sea exitoso, sino que se penaliza la estrategia anticompetitiva

¹¹⁵ Brooke Group vs. Brown & Williamson Tobacco Corp. US Supreme Court No. 92-466, de 1993. La Robinson-Patman Act procura atacar la discriminación al nacer, antes de que se produzca el daño. Desde el punto de vista conceptual este último razonamiento es equivocado, porque siempre existe la alternativa de actuar *ex-post* controlando al monopolista en lugar de premiar a empresas ineficientes que se escuden en la presencia de una pseudo depredación.



7.2. Jurisprudencia de la Unión Europea

Al comparar los ordenamientos estadounidense y de la unión europea, el derecho europeo de competencia, a primera vista no parece contemplar la competencia como un proceso generador de eficiencia, aunque es necesario admitir que, tal como lo interpreta actualmente la Comisión y los Tribunales, el enfoque adoptado hacia el Derecho de la competencia está más orientado hacia el mercado que la legislación en si misma.

7.2.1. La sentencia Michelin

La sentencia Michelin (2001) hace referencia a una decisión en la que la Comisión sancionó a Michelin por haber abusado de su posición dominante en el mercado francés de neumáticos. La Comisión sancionó en este caso la política comercial y de precios de Michelin respecto a sus distribuidores, que se basaba en un sistema de descuentos, comisiones y/o diversas ventajas financieras. Estaban específicamente contempladas como abusivas determinadas rebajas cuantitativas y algunas rebajas determinadas en función de la cualidad del servicio del distribuidor a los usuarios. Se determinó que, para determinar el posible carácter abusivo de un sistema de descuentos cuantitativos es preciso, por un lado, apreciar todas las circunstancias, en particular los criterios y modalidades de concesión de los descuentos y, por otro lado, examinar si los descuentos tienden a suprimir o restringir la posibilidad del adquirente de elegir sus fuentes de aprovisionamiento, a cerrar el acceso al mercado a los competidores, a aplicar a socios comerciales condiciones desiguales por prestaciones equivalentes o a reforzar la posición dominante mediante una competencia falseada.



Por otro lado, se determinó que no era necesario acreditar que el comportamiento de que se trataba tenía un efecto concreto. Bastaba con acreditar que el comportamiento abusivo de la empresa en posición dominante tendía a restringir la competencia o, en otras palabras, que el comportamiento podía tener tal efecto.

7.2.2. La sentencia British Airways

British Airways (BA) era el comprador dominante en el mercado del Reino Unido de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo. Las agencias de viajes realizan determinadas prestaciones de promoción y asistencia administrativa a favor de las compañías aéreas, a cambio de las cuales éstas les abonan comisiones en función de las ventas de billetes. Pues bien, BA había celebrado con algunas agencias de viajes acuerdos que incluían, en particular, una remuneración del rendimiento calculada en función del volumen de sectores recorridos en vuelos de BA y de una escala móvil, basada en el incremento de los ingresos obtenidos por la agencia de viajes que proceden de la venta de billetes de BA.

En su sentencia el Tribunal de Primera Instancia consideró que el programa de remuneración contemplado en la Decisión de la Comisión era efectivamente discriminatorio y abusivo.

7.2.3. La sentencia Akzo

Quizá una de las veces en que se ha detenido más extensamente a hacer una reflexión sobre los fines de las normas de competencia en el marco del Tratado de la Unión Europea fue en la decisión acerca de la causa *ECS /*



AKZO, que resolvió precisamente un problema de abuso de posición dominante y discriminación de precios. La resolución de este asunto dio pie a consolidar una línea jurisprudencial: no se aceptarán, en el seno del derecho comunitario de competencia, justificaciones de conductas abusivas basadas en motivos de eficiencia económica.

Con todo, la Comisión no se preocupó por revisar si en los hechos existía una probabilidad de recuperar la inversión, ni tampoco contempló que una conducta predatoria se concreta cuando la firma reduce los precios al observarse la entrada. En el caso de Akzo la empresa había aumentado los precios y fue un competidor el que no siguió esta política desatando una guerra de precios. Por ello, se ha concluido que la decisión fue errónea y que en verdad se trataba de un caso de competencia activa, y no de precios predatorios

La Comisión Europea se hace eco de esta consideración cuando señala *“la enorme importancia que la Comisión otorga a las consideraciones hacia el consumidor del derecho y la política de competencia”*, en el sentido de que cuando los mercados funcionan correctamente y sin alteraciones debidas a acuerdos colusorios o abusos de posición dominante, son los clientes finales, los particulares, los que se ven beneficiados de unos precios más bajos, mejor servicio y calidad y mayor amplitud de posibilidades de elección.

7.3. Conclusiones Respecto a la Jurisprudencia Extranjera Presentada

La jurisprudencia anterior ilustra la orientación de las normas de la libre competencia tanto en la legislación americana como en la europea. Todas



ellas se refieren a conductas abusivas verificadas en las relaciones comerciales entre partes con un desigual poder de mercado. Pero es evidente la aproximación de la judicatura americana en la línea de centrar su atención en la justificación económica y comercial de tales conductas para fundar una decisión judicial. Por ejemplo, conductas exclusorias como la predación de precios son analizadas a partir de la razonabilidad de la política de precios adoptada por una firma en relación a sus costos variables medios y la capacidad de recuperar esas pérdidas, dada la estructura y participación porcentual en el mercado respectivo. Entonces, para calificar jurídicamente una conducta como anticompetitiva, se utilizan categorías propias de la economía tales como estructura de precios, concentración de mercados, barreras de entrada o salida, etc. Esto no debiera extrañar si recordamos que la doctrina americana sugiere poner más atención a los efectos económicos de la competencia en vez de las funciones sociales que de ella se esperan. En ese sentido, parece lógico que si el propósito de la legislación antitrust es la eficiencia económica, su cumplimiento o fracaso sea evaluado conforme a categorías de la ciencia económica.

Distinto ha sido el caso de la jurisprudencia europea en que incluso se llegó a negar judicialmente la posibilidad de argüir consideraciones económicas para intentar justificar conductas abusivas, ya que la competencia en los mercados debe estar orientada, finalmente, hacia los consumidores finales, aún soportando algún grado de ineficiencia económica.



8. CONSIDERACIONES FINALES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO-LEGAL

8.1. Importancia de Relevar los Efectos Económicos Generales por sobre los Efectos Particulares

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico ha de ponerse el acento sobre los efectos económicos de la competencia, más allá de las funciones sociales que de ella se esperan. Dichos efectos consisten, básicamente, en la garantía de la libertad económica de todos los participantes en el mercado. Ejemplar al respecto es la aproximación tradicional de la legislación americana descrita anteriormente, al centrar su análisis en la promoción de la competencia desde la perspectiva de la máxima eficiencia económica para alcanzar el mayor de nivel de riqueza posible, no correspondiendo, en palabras de Posner, a la leyes antitrust la misión de distribuir esa riqueza u otro objetivo no económico.

8.2. La Tutela a la Libre Competencia por sobre la Protección de los Competidores

Vinculado a lo anterior, y tal como se demostró al analizar casos de la jurisprudencia norteamericana, el objeto de la libre competencia crecientemente reconocido por los fallos de los tribunales de ese país es proteger el proceso de la competencia más que a los competidores ocasionales de esa interacción. Es más, se llega a sentenciar que las leyes antitrust constituyen la Carta Magna de la libre empresa cuyo principal efecto es la garantía legal de un Estado de Derecho que respeta la libertad económica de todos los participantes en el mercado, más allá de las funciones sociales que se esperan de la competencia.



En nuestro país, Domingo Valdés complementa esta concepción al señalar que ciertamente no puede haber proceso competitivo sin competidores, lo cual no implica que los competidores deban ser protegidos por sus peculiares características, sino que “sólo serán tutelados en tanto y cuanto él participe en el respectivo proceso competitivo, y con independencia de sus propias características”. Por lo tanto, el Derecho de la libre competencia no debe destinar su ámbito de aplicación a conferir subsidios que suplementen deficiencias de competitividad de determinados competidores, buscando generar permanencias artificiales de éstos en la libre interacción de la competencia.

A mayor abundamiento sobre este punto, y desde una perspectiva de respeto a las normas constitucionales, cualquier distinción en la tutela de los competidores acarrearía una vulneración de la Carta Fundamental, particularmente en lo que dice relación con la prohibición que tiene el Estado y sus organismos de realizar cualquier discriminación arbitraria en el trato que brinden en materia económica (Art. 19 N° 22 de la Constitución).

Por lo tanto, sólo será aceptable para el órgano que promueve la libre competencia realizar distinciones entre competidores si es que esa acción tiene como objetivo manifiesto amparar a un determinado competidor ante una lesión o riesgo de lesión de las normas de libre competencia por parte de un tercer competidor. La libre competencia no debe ser una política pública destinada al proteccionismo de determinados competidores, sino que debe ser el brazo armado que busque fomentar el libre comercio y la libre interacción de competidores nacionales y extranjeros



La situación más favorable para incorporar aspectos sobre competencia en la regulación sectorial es aquella en la que las instituciones y la política de competencia han alcanzado un buen desarrollo antes de que se inicie una regulación específica para una industria o mercado en particular. Esto se debe a que, en tales circunstancias, esa regulación específica podrá incorporar a sus normas las categorías y la lógica propias del derecho de la competencia que, tal como lo demuestra la evidencia empírica plasmada en la jurisprudencia nacional, ya han sido conocidas y asumidas por los agentes del mercado en sus relaciones comerciales. Ese mayor conocimiento se plasma en una mayor conciencia de los derechos subjetivos en materia de libre competencia de que está empoderado un pequeño comerciante en sus relaciones comerciales con un competidor con poder de mercado. Así queda demostrado por lo demás con la creciente multiplicidad de casos y causas que actualmente se están ventilando en el Tribunal de la Libre Competencia en Chile, y de tantas otras que están siendo investigadas por la Fiscalía Nacional Económica.

Es posible concluir, por lo tanto, que estamos en presencia de una conjunción deseable de elementos que hace poco recomendable hacer modificaciones legales sustanciales. Por una parte, existe un alto grado de conciencia de los derechos subjetivos de libre competencia de todos los agentes de mercado. Por otra, Chile cuenta con un eficiente modelo de institucionalidad fiscalizadora y jurisdiccional responsable de velar por resguardar la libre competencia. Tal antecedente debe tomarse en consideración al momento de analizar alternativas de nuevas legislación en



esta materia, porque existirá el riesgo de entorpecer el buen funcionamiento del sistema.

8.3. Relación entre las Normas Protectoras de la Libre Competencia y la Libertad Contractual

Con prescindencia de que determinadas cláusulas contractuales puedan habilitar a las partes del contrato a actuar en tal o cual sentido, ello no implica una especie de salvaguarda en relación con la vulneración que la ejecución a dichas cláusulas pueda importar. Lo anterior, más aún cuando las normas protectoras de la libre competencia son normas de orden público, por ende irrenunciables y que han de aplicarse con preferencia sobre el natural respeto a la libertad contractual.

Efectivamente, el carácter de orden público que informa la legislación protectora de la libre competencia conlleva una primera y fundamental consecuencia, cual es, que se impone como un **límite imperativo, necesario e infranqueable a la autonomía privada**¹¹⁶, no siendo procedente la invocación de esta última en un escenario de conflicto con la libre competencia, ni resultando correcta la afirmación de que en materias no reguladas los límites quedan entregados a la libertad de los contratantes.

Con todo, subyace a esta conclusión la idea de un estrecho vínculo entre el funcionamiento de los mercados y la institución del contrato. Así,

¹¹⁶ El TDLC dispuso en su Sentencia N° 53/2007, de fecha 6 de junio de 2007, que “Decimotavo: Que además, como ha sido resuelto por este Tribunal en oportunidades anteriores, el Decreto ley N° 211 contiene normas de orden público que afectan a todos los agentes del mercado, en todos los actos y contratos que ejecuten o celebren, de manera que la sola circunstancia de existir un contrato entre las partes, no supone que sus relaciones estén regidas exclusivamente por éste, sin consideración a lo preceptuado por la legislación de defensa de la libre competencia.”



anteriormente se trazó el contenido esencial de dicho vínculo, el cual consiste en la necesidad de los contratos para hacer posible el intercambio de bienes y servicios. Es decir, el contrato constituye el medio idóneo para asignar derechos y obligaciones entre los contratantes y crear, de ese modo, un mercado. *Pero para que dicha interacción e intercambio sea, además, libre y eficiente, deben existir mecanismos que eviten prácticas contractuales exclusorias.* O sea, dicha garantía de libertad la proveen las reglas de la competencia y ello explica su preeminencia sobre la libertad contractual de las partes.

En esta línea, en el mismo capítulo fueron presentadas las típicas dificultades en la interacción contractual entre grandes empresas abastecedoras y pequeñas empresas proveedoras, debido al desigual poder de negociación de ambas partes y su impacto en la generación de contratos imperfectos. Para superar estas ineficiencias, se presentaron como alternativas de política pública la obligatoriedad de negociar completamente los contratos; la imposición por ley de ciertos términos obligatorios para las partes; y la evaluación *ex post* en sede judicial de los términos contractuales abusivos en una aproximación casuística.

Si bien hay iniciativas legales en actual discusión que avanzan en la línea de la segunda y tercera alternativa, no es evidente la eficiencia de estas para remediar los abusos anticompetitivos dada la eventualidad que se prefiera incurrir en la sanción basado en un análisis de costo-beneficio en el cual los costos asociados a la lentitud e incertidumbre sobre el resultado judicial, la capacidad de la judicatura para efectuar una correcta evaluación de las justificaciones económicas de las conductas calificadas como abusivas, y las



posibles represalia comerciales, sean superiores a los beneficios esperados. Por ello, resultaría más eficiente continuar explorando la alternativa de términos comerciales mínimos a instancias de la autoridad fiscalizadora de la libre competencia, utilizando la promoción de autorregulación entre los propios actores del mercado, que además de ser una herramienta más flexible y cercana a las necesidades de la industria, originen incentivos que favorezcan el cumplimiento de obligaciones voluntariamente asumidas por las partes, generando un mejor ambiente para la realización de negocios e intercambios comerciales. Si esa promoción de la autorregulación no genera los efectos competitivos deseados en las relaciones comerciales de los agentes de mercado de una industria en particular, podrá siempre exigirse por quienes se sientan afectados que opere la fiscalización de la FNE y el aseguramiento de los derechos consagrados en el DL 211 a través de la tutela efectiva que realiza el Tribunal de la Libre Competencia.

Interacción de organismos de libre competencia e instituciones reguladoras.

Una economía que quiere evitar las fallas del Estado debe propender a una adecuada coordinación y sintonía entre los órganos reguladores y las autoridades de la competencia, de manera que los primeros usen adecuadamente los conceptos propios de la libre competencia y eviten regulaciones que incorporen ineficiencia a los mercados. La necesidad de esa coordinación y sintonía radica en que la libre competencia, después de todo, también puede ser vista como un cuerpo regulador de las actividades económicas. Es decir, puede ser concebida como mínimo legal obligatorio para todas las relaciones jurídico económicas que configuran el mercado, sin perjuicio de estar éstas sujetas a una regulación particular a cargo de



órganos específicos. En este sentido, el derecho de la libre competencia se erige no sólo como un límite de orden público al ejercicio de la actividad económica en general, sino también como un derecho económico esencial que resguarda las relaciones comerciales de quienes operan en Chile.

Así, y aplicando estas conclusiones al tema abordado en el presente informe, las normas de la libre competencia pueden afrontar situaciones en las que aquel ostente una posición de dominio en el mercado relevante, imponga, vía contractual, términos y condiciones comerciales que no tengan otra justificación que abusar de tal dominancia. Será, pues, en este punto donde el derecho de la libre competencia, como cuerpo regulador primario y común de toda la actividad económica, se constituirá como un límite a la libertad de contratación para procurar que esos vínculos comerciales formalizados en contratos no tengan términos o cláusulas ineficientes desde el punto de vista asignativo y productivo, independiente que haya o no una regulación legal para alguna situación concreta.

Con todo, no es posible desconocer la importancia de incrementar una interacción más institucional entre los organismos regulatorios y los de libre competencia, de modo de incluir preventivamente criterios promotores de la libre competencia en la generación de nuevas legislación o normativa regulatoria. De esta manera, tanto los organismos regulatorios y los de la libre competencia podrán establecer un dialogo que se funde en premisas y objetivos comunes.



8.4. Mecanismos Viables

En coherencia con la conclusión anterior, la legislación e institucionalidad chilena reconoce, en materia de libre competencia, diversas categorías de reglas de orden público económico, como por ejemplo, las llamadas normas de protección, destinadas a tutelar al más débil mediante la represión de las prácticas abusivas y de los contratos leoninos que afecten la competencia; las denominadas reglas de dirección, que permiten al poder público, representado en este caso por la Fiscalía Nacional Económica y por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, defender la competencia comercial e industrial a través de medidas preventivas, correctivas o sancionatorias específicas. Lo importante es velar para que esta institucionalidad siga siendo utilizada en alcanzar los fines propios de la libre competencia, evitando objetivos contradictorios como puede ser la mal utilización de esa misma institucionalidad para “judicializar” una sana relación comercial entre competidores, entorpeciendo la eficiencia y buen funcionamiento del mercado. Tampoco será recomendable utilizar dicha institucionalidad para perseguir fines más loables, como es la redistribución, a los agentes de mercado de menor tamaño, situación que evidentemente supera y escapa a los objetivos propios de la legislación de la libre competencia. Así, se concluye que un elemento esencial de la legislación de la libre competencia está llamada a defender justamente la eficiencia del mercado, asegurando las condiciones para una efectiva competencia, pero no para establecer privilegios a determinados participantes.



9. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO

De la revisión realizada se pueden inferir una serie de recomendaciones importantes a tener en cuenta a la hora de diseñar e implementar políticas económicas tendientes a proteger a las PyMEs contra abusos comerciales.

Primero, a nivel teórico y empírico existen cuestionamientos sobre la verdadera significancia de las PyMES en la economía, lo cual dificulta justificar la promoción de las PyMEs sobre la base de beneficios puramente derivados de su tamaño. El principal argumento estaría dado por la importancia que estas tienen en la economía, mereciendo por lo tanto la atención y protección por parte de los gobiernos.

Segundo, habría evidencia de que un ambiente de negocios competitivo tendría un rol positivo sobre el crecimiento, lo cual implicaría redireccionar la política pública, donde el enfoque de la misma sea en vez de subsidiar directamente las PyMEs, desarrollar y fortalecer los ambientes para la realización de negocios, en formas que promuevan la competencia y faciliten las transacciones comerciales para todas las firmas. La tendencia internacional reciente sugeriría que la política pública se está enfocando más hacia el mercado y a nivelar la competencia entre empresas pequeñas y grandes.

Tercero, existe evidencia de que las firmas pequeñas enfrentan restricciones para su crecimiento, en específico **fallas de mercado**. En efecto, uno de los obstáculos típicos para el desarrollo de empresas pequeñas sería la presencia de competencia desleal en los mercados, las PyMEs serían vulnerables al poder de mercado y de negociación de las firmas grandes.



Esta visión sería consistente con el caso Chileno. Del análisis realizado se puede argumentar que el mayor problema que enfrentan las PyMEs en Chile son las condiciones impuestas por sus grandes clientes. En específico, para el sector de supermercados se observa que a mayor participación de mercado serían más adversas las condiciones de negociación para los pequeños y medianos proveedores, sin mencionar que dichas prácticas serían más recurrentes. Estas condiciones se deben al poder de negociación que estos grandes clientes tienen, identificándose por lo tanto una falla de mercado. Existe un aprovechamiento de la posición y tamaño cuando se realizan transacciones entre empresas, lo que representa un llamado a la formulación de políticas públicas dirigidas a solucionar dicha falla.

Sin embargo, al tratar de enmendar estos problemas, se puede generar una tensión entre los objetivos puros de competencia y otros objetivos de política pública, creando un dilema sobre qué clase de derechos proteger. Este dilema tomaría mayores proporciones cuando una política de competencia busca igualar las condiciones de competencia para las PyMEs (participación justa y equitativa de las PyMEs). No obstante, siempre y cuando la política de competencia esté limitada a corregir fallas de mercado (protección del abuso de firmas grandes), esta no estaría en contraposición con los objetivos de eficiencia económica y de maximización del bienestar.

En otras palabras, un trato “favorable” a las empresas pequeñas por parte de la política de competencia, no estaría necesariamente en contraposición con los objetivos de eficiencia económica y de maximización del bienestar, siempre y cuando esté limitado a proteger dichas firmas del abuso de



grandes empresas, es decir políticas enfocadas a corregir la falla de mercado.

Sin embargo, si se ofrece ayuda para la sobrevivencia de firmas pequeñas cuando éstas no se encuentran operando en forma eficiente, se estaría en contraposición con el objetivo primordial de la política de competencia, situación que incentivaría una asignación ineficiente de los recursos y contribuiría a mantener los precios altos en la economía. En este contexto, se sugiere ser riguroso en el análisis de este problema y evitar en materia de política de competencia hablar de “defensa de las firmas pequeñas”.

Por otra parte, en la literatura económica existe una discusión sobre el trato que la ley de competencia debe darle al tópico de monopsonio. La pregunta más importante que resume esta discusión esta dada por: ¿debe este ser simétrico al del monopolio?

El problema del poder del comprador, y en especial la desventaja que cómo proveedores estarían experimentando las PyMEs, ha conducido al desarrollo de legislación específica y paralela a la de competencia. Sin embargo, dada la evidencia existente de los resultados obtenidos en otros países con el uso de legislación específica y paralela a la de competencia, debería tomarse con cautela la definición, diseño e implementación de legislación similar para el caso chileno. Un caso a destacar en este sentido son las medidas tendientes a evitar el abuso de dependencia económica para proteger a firmas pequeñas en sus transacciones con grandes clientes y proveedores adoptadas por los países miembros de la UE, las cuales han tenido poco impacto en restringir el poder de compra del sector minorista. En particular,



las leyes de dependencia económica en general, habrían sido poco efectivas para proteger a los proveedores del comportamiento oportunista de sus grandes clientes. Uno de los problemas relacionados a estas medidas está dado por el miedo a represalias (pérdidas de contratos) que tendrían los proveedores para presentar denuncias, y la incertidumbre de ganar el caso cuando es notoriamente difícil demostrar i) dependencia, ii) abuso y iii) efecto en el mercado.

En este sentido, a la luz de la revisión y análisis presentado en este trabajo es posible concluir que en vez de desarrollar leyes específicas tendientes a proteger a firmas pequeñas en sus transacciones con grandes clientes y proveedores y que no demuestran eficiencia en la práctica, es mucho más efectivo desarrollar mecanismos alternativos tales como lo siguientes:

- Siguiendo la ley de competencia alemana, permitir la cooperación entre PyMEs bajo ciertas condiciones, para compensar las desventajas competitivas que poseen las mismas en su negociación con grandes empresas.
- Siguiendo la Comisión de Competencia del Reino Unido, desarrollar un código de práctica o conducta para promover relaciones comerciales responsables, transparentes y balanceadas entre supermercados y proveedores, estableciendo las obligaciones fundamentales de los primeros para con los segundos. El código debe contemplar una lista de prácticas consideradas como desleales bajo cualquier circunstancia, por ejemplo, retraso en pagos más allá de lo acordado; y otra lista de prácticas consideradas desleales a menos que el proveedor este de



acuerdo, por ejemplo, solicitud de rebaja de un precio para igualar a la competencia. En este contexto, se propone apelar a la mediación para la solución de disputas y para ello se apunta a un defensor para la resolución de disputas.

- Siguiendo a países como Portugal, Nueva Zelanda y a algunos estados de los Estados Unidos, fomentar mecanismos de autorregulación inter industrias. En particular, se destaca la formulación de un Código de Conducta, como el propuesto por la Comisión de Competencia del Reino Unido para el caso de los Supermercados, definido por cada industria específica, estableciéndose además una instancia arbitral para la solución de conflictos que quede en manos de especialistas del sector. La instauración de un Código de este tipo es un instrumento sumamente flexible que puede adaptarse fácilmente a la dinámica del sector de la distribución comercial. También, al ser un mecanismo de autorregulación, se crea una estructura de incentivos que favorece el cumplimiento de lo pactado, ya que los que diseñan el Código son las partes involucradas y son ellas las que acuerdan y se comprometen a cumplir lo pactado.



BIBLIOGRAFÍA

1. Australian Competition and Consumer Commission *Franchising Code of Conduct*.
2. _____ *Horticulture Code*.
3. _____ (2007) *Small Business and the Trade Practices Act*.
4. Blakeney, M., “Price Discrimination Laws: An Economic Perspective”, 1981.
5. Bogo, Jorge (2003) “La Defensa de la competencia y las Pymes”, Boletín Latinoamericano de Competencia.
6. Bravo, David; Gustavo, Crespi e Irma Gutiérrez (2002) “Desarrollo se escribe con PyME: el caso Chileno. Desafíos para el crecimiento”. Análisis de su Desarrollo en los Últimos Siete Años. FUNDES.
7. Calvo Caravaca Y Fernández De La Gándara, “Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación”, *RGD*, núm. 583, Abril 1993.
8. Carstensen, Peter (2004) “Buyer Power and Merger Analysis: The need for Different Metrics”. Preparado para el taller sobre fusiones. <http://www.ftc.gov/bc/mergerenforce/presentations/040217carstensen.pdf>
9. CIPYME (2008) *Tercer Informe Semestral de la Pequeña Empresa*.



-
10. _____ (2007) *Segundo Informe Semestral de la Pequeña Empresa*.
 11. _____ (2006) *Primer Informe Semestral de la Pequeña Empresa*.
 12. Competition Commission (2007a) Working Paper on Supply Chain Practices and the Supermarkets Code of Practice.
 13. _____ (2007b) *The Supply of Groceries in the UK Market Investigation Provisional Findings Report*.
 14. Cumsille, Guillermo (2007) *Estudio de Opinión: Percepciones de los Proveedores de Supermercados*.
 15. Dobson, Paul (2005) “Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade” *Antitrust law Journal* vol. 72(2), pp. 529-562.
 16. _____ (2002) “Retailer Buyer Power in European Markets: Lessons from Grocery Supply” *Business School Research Series, Paper 2002:1*, Loughborough University.
 17. _____ (1999) *Buyer Power and its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union*. Documento preparado para la Comisión Europea.
 18. Fermandois, Arturo (2005): “Derecho Constitucional Económico”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
 19. Fiscalía Nacional Económica (2007) *Análisis Económico de la Industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol N° 101/2006*.



-
20. Kampel, Kim (2004) “Competition Law and SMEs: Exploring the Competitor/Competition Debate in a Developing Democracy” *Center on Regulation and Competition, Working Paper Series N^a 109*. Institute for Development Policy and Management, University of Manchester.
 21. Këllezi, Pranvera (2007) “Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence”. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1011205>
 22. Korea Fair Trade Commission *Fair Franchise Transactions Act*.
 23. Korobkin, Russell (2003): “Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability”. *University of Chicago Law Review*, Fall.
 24. Mills, Gordon (2003) “Buying Power of Supermarkets” *Agenda*, vol. 10(2), pp. 145-162.
 25. Natoli, Ricardo (2004): “El abuso de la dependencia económica: el contrato y el mercado”. Nápoles
 26. Noll, Roger (2005) “Buyer Power and Economic Policy” *Stanford Institute for Economic Policy Research, Discussion Paper N^a 04-08*. Stanford University.
 27. OECD (2004) *Global Forum on Competition: Preventing Market Abuses and Promoting Economic Efficiency, Growth and Opportunity*. Competition Law & Policy, OECD.
 28. OECD (1998) *Buying Power of Multiproduct Retailers*. Competition Law & Policy, OECD.



-
29. Office of Fair Trading (2005) *The Code of Practice and Other Competitions Issues*. Conclusiones.
30. _____ (2004) *The supermarkets code of Practice*
31. _____ (1998) “The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power” *Research Paper N°16*.
32. Office of Small Business (2006) *Review of the Disclosure Provisions of the Franchising Code of Conduct*. Canberra, Australia.
33. Posner, R. A., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago.
34. Produce and Grocery Industry Code Administration Committee (2007) “Produce and Grocery Industry Code of Conduct” <http://www.produceandgroceryombudsman.com.au/Produce%20and%20Grocery%20Industry%20Code%20of%20Conduct.pdf>
35. _____ (2007) 2006 – 2007 Annual Report. <http://www.produceandgrocerycode.com.au/documents/AnnualReport2006-07.pdf>
36. Scheelings, Richard y Joshua Wright (2006) “Sui Generis’?: An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union” . *Akron Law Review*, vol. 39(1), pp. 207-243.
37. Valdés, Domingo (2006): “Libre Competencia y Monopolio”.
-



38. Vesterdorf, Peter (2001) “Competition Policy and SMEs: The Case of Denmark within the European Union” Trade and Industrial Policy Strategies, 2001 Annual Forum.



ANEXOS

Modificación del Decreto Ley N° 3.472 de 1980, que creó el fondo de garantía para pequeños empresarios y derogación de la Ley N° 18.645¹¹⁷

El proyecto de ley ya aprobado, buscaba el fortalecimiento del Fondo de Garantía para Pequeños Empresarios (FOGAPE) desde un punto de vista financiero, traspasándole los recursos del Fondo de Garantía para Exportadores no Tradicionales (FOGAEX), el cual se eliminó y se incorporó como beneficiarios del FOGAPE a los exportadores que eran beneficiados por el FOGAEX y que requerían capital de trabajo para su actividad. Debido a un detallado análisis del FOGAEX, se concluyó que dicho fondo no había tenido la utilización esperada por parte del sector al cual se busca beneficiar, en tanto el FOGAPE, se había constituido en una herramienta eficaz de apoyo y desarrollo para el respectivo sector empresarial.

Proyecto de ley que incrementa transitoriamente el incentivo tributario a la inversión en activo fijo de la micro, pequeña y mediana empresa¹¹⁸

Esta propuesta busca incentivar la inversión en activo fijo en las empresas de menor tamaño, mediante el incremento transitorio, del incentivo tributario que contempla el artículo 33 bis de la Ley sobre Impuesto a la Renta. En el año 2006 y con vigencia entre 2007 y 2009 se elevó transitoriamente este crédito, incrementándose la tasa de un 4% a un 6% y el tope de 500 a 650 UTM. Este beneficio tributario pretende incentivar la inversión de las empresas en bienes físicos del activo inmovilizado¹¹⁹ (no considera las mejoras a los inmuebles existentes ni a los automóviles). Debido al significativo incremento de la inversión en el año 2007 (crecimiento a una tasa de 11,2%), se propuso para el periodo 2008 a 2011, un nuevo incremento en el crédito tributario

¹¹⁷ Proyecto de ley ingresado en noviembre de 1999 con tramitación finalizada. Número de Boletín 2426-03.

¹¹⁸ Proyecto de ley ingresado en enero de 2008, el proyecto se halla en tramitación. Número de Boletín 5734-26.

¹¹⁹ Activo inmovilizado o activo Fijo son los bienes físicos que la empresa adquiere con el fin de ser utilizados en el proceso de producción de un bien o servicio. Se caracteriza por no estar destinados a comercializarse (como el “activo realizable”) y constituir bienes de uso, propios de las decisiones de inversión.

para las inversiones en activo fijo realizadas por empresas con ventas inferiores a 100 mil UF al año.

El proyecto consta de un artículo único, el que se compone de dos incisos que modifican el artículo 33 bis de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo primero del Decreto Ley N° 824 de 1974. En el primero, se otorga un beneficio tributario consistente en un crédito cuyo monto alcanza al 8% de la inversión anual en bienes físicos del activo inmovilizado a que se refiere dicha disposición, que sean adquiridos nuevos, terminados de construir o recibidos en arrendamiento con opción de compra entre el día 1 de enero de 2008 y el día 31 de diciembre de 2011, con un límite máximo anual de 650 UTM. En el segundo inciso, se indican los beneficiarios, los cuales son aquellos contribuyentes que declaren el impuesto de primera categoría sobre renta efectiva determinada según contabilidad completa, o sobre la base de retiros y distribuciones en el caso de contribuyentes acogidos al régimen optativo de tributación simplificada del artículo 14 bis, que efectúen inversiones en bienes físicos del activo inmovilizado (*norma general permanente*). Cuyos ingresos anuales por ventas y servicios netos del giro no superen, en ninguno de los dos años anteriores a aquel en que usarán el beneficio, el equivalente a cien mil unidades de fomento, o que no registren ventas en los dos años anteriores, en la medida en que en el año en que impetrarán el crédito no superen el citado límite (*norma transitoria del 8%*).

Proyecto de ley para la fijación de normas especiales para las empresas de menor tamaño¹²⁰

Este proyecto de ley tiene por objetivo facilitar el desenvolvimiento de las empresas de menor tamaño, mediante la adecuación y creación de normas regulatorias que rijan su iniciación, funcionamiento y término, en atención a

¹²⁰ Proyecto de ley ingresado en enero de 2008, el proyecto se halla en tramitación. Número de Boletín 5724-26.

su tamaño y grado de desarrollo. En general, el proyecto busca generar condiciones regulatorias que permitan que las empresas, en el desarrollo de su actividad puedan aprovechar al máximo sus ventajas comparativas en igualdad de condiciones. Se busca, en consecuencia, adecuar la carga regulatoria de las empresas de menor tamaño de manera que sea consistente con un análisis costo-efectividad, considerando la capacidad de cumplimiento de estas empresas, de manera de inducir un mejor y mayor cumplimiento de las normas. En consecuencia, el ámbito de acción, se aplica tanto a normas ya existentes como a las futuras regulaciones.

El proyecto en varios artículos propone: i) la definición de las empresas de menor tamaño; ii) buenas prácticas regulatorias; iii) transparencia en la fiscalización; iv) otorgamiento de permisos provisorios de funcionamiento y patente municipal provisorio; v) normas especiales de orden sanitario; vi) protección a las micro y pequeñas empresas en su rol de consumidoras; vii) establecimiento de un marco regulatorio para acuerdos de producción limpia; viii) apoyo a las empresas en crisis, mediante la participación de asesores económicos de insolvencias; ix) normas especiales para la aplicación de multas y x) sanciones en materia laboral.

Proyecto de ley que modifica el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, declarando inembargables los bienes básicos para el funcionamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas hasta el valor de ciento cincuenta unidades tributarias mensuales¹²¹

La propuesta vendría a aumentar el número de mecanismos de ayuda para el endeudamiento de las PyMEs, que de acuerdo a la propuesta, no serían suficientes. La propuesta señala que los procedimientos de cobranza son rápidos, a lo que se agregaría las altas sumas que por concepto de intereses y costas las empresas deben pagar. Este tipo de procedimiento sería breve y

¹²¹ Proyecto ingresado en junio de 2007 y que sigue en proceso. Número de Boletín 5089-07.

concluiría con el embargo de especies, cuyo retiro causa mayores complicaciones al desarrollo normal de la empresa. En este sentido, la propuesta plantea ampliar el ámbito de aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, el cual define los bienes que no son sujeto de embargo. Con ello se buscaría beneficiar a las PyMEs, para que se impida el retiro de herramientas básicas que permiten el desarrollo normal de sus funciones. La propuesta argumenta que no resulta lógico paralizar las actividades de la empresa, en su nivel más básico, y ejecutar bienes de escaso valor nominal, tales como los computadores, impresoras y herramientas de trabajo afines, puesto que el valor que de ellas se obtendrá en una ejecución, es ínfimo y por cierto, su retiro pone mayores trabas para que la empresa se recupere y solucione sus obligaciones. Por tanto, el proyecto propone se agregue en el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, como parte de los bienes no embargados, lo siguiente; *"En los juicios ejecutivos contra micros, pequeñas y medianas empresas, los bienes, insumos y herramientas tecnológicas básicas para el funcionamiento y administración de una oficina, tales como computadores, impresoras, y afines, hasta el valor de 150 unidades tributarias mensuales y a elección del deudor"*.

Proyecto de ley para la reforma del artículo 19 de la Constitución Política de la República con el objeto de garantizar, por parte del Estado, el desarrollo económico de las pequeñas y medianas empresas¹²²

Bajo la concepción de que las PyMEs constituyen las organizaciones más capaces de adaptarse a los cambios tecnológicos y de generar empleo, por lo cual representan un importante factor de política de distribución de ingresos a las clases media y baja, fomentando así el desarrollo económico de toda una nación, se establece la clara importancia de las PyMEs. En

¹²² Proyecto en proceso que fue ingresado en mayo de 2007. Número de Boletín 5017-07.

particular en Chile, las cuales constituirían alrededor del ochenta por ciento de la fuente de empleo, se ve necesario de acuerdo a la propuesta, que se garantice la preocupación del Estado por el rol que desempeñan, promoviendo su efectivo desarrollo económico. Para dicho fin, se propone la modificación del artículo 19 N° 22 de la Constitución Política del Estado, buscando comprometer al Estado Chileno en la efectiva promoción del desarrollo económico de la actividad productiva llevada a cabo por la pequeña y mediana empresa, sector que deberá ser definido por una ley, promulgada para dicho propósito y en la que se establecerán también, las medidas y acciones para el logro de dicho objetivo.

Modificación del Decreto Ley N° 3.472 de 1980 que crea el FOGAPE con el objeto de facilitar el acceso al crédito a los pequeños empresarios agrícolas¹²³

El objetivo del proyecto fue el perfeccionamiento del FOGAPE, con el fin de beneficiar a una mayor cantidad de pequeños empresarios, especialmente, a pequeños productores agrícolas. Esto implicó las siguientes modificaciones en el decreto: i) incremento de los montos de activos fijos que deberán poseer los pequeños empresarios y estandarización de los criterios vigentes que diferencian entre sectores, ii) incremento y estandarizado de los montos máximos para los créditos garantizados por el Fondo; iii) disminución de la frecuencia con que las instituciones que otorgan créditos garantizados por el fondo deben enviar al administrador de éste una nómina con las operaciones que cursen con la garantía de aquel.

Modificación de la Ley 19.677 referida al fondo de garantía para pequeños empresarios¹²⁴

¹²³ Proyecto del Senado ingresado en junio de 1995. Número de Boletín 1637-01.

¹²⁴ Proyecto concluido que se inició en agosto de 2000. Número de Boletín 2564-03.

La ley N° 19.677, publicada en el Diario Oficial el día 20 de mayo de 2000, en su artículo 2° dispuso que, dentro de los 90 días siguientes a la fecha de su publicación, los interesados podrían optar a la Garantía del FOGAPE, para repactar aquellos créditos o leasing otorgados por bancos o sus filiales, que cuenten con las características de elegibilidad del Fondo, con tasa de garantía de hasta el veinte por ciento del saldo deudor, incluyendo capital, reajuste e intereses. Este plazo resultó ser insuficiente, debido a que en su momento, el sistema financiero debió adaptar sus métodos de operación y preparar a sus ejecutivos para operar con dicha herramienta financiera. Con este proyecto se extendió el plazo de 90 días originalmente propuesto, hasta el 30 de diciembre de 2000.

Proyecto de ley para la regulación de los convenios no concursables para pequeños deudores y pequeñas y medianas empresas¹²⁵

La propuesta indica que dentro de la legislación actual, la celebración de convenios no concursables implica altos costos, que en la práctica marginan de esta posibilidad a pequeños deudores y PyMEs. De acuerdo a estimaciones presentadas en el proyecto de ley, con los costos asociados a los actuales procedimientos concursables, aproximadamente 240 mil empresas quedarían prácticamente marginadas de la celebración de los mismos. Con los términos actuales, el convenio ascendería a más del 10% del valor comercial de los activos, lo que significaría un 25% del valor de liquidación forzada de los mismos. La legislación vigente sólo situaría el conflicto en la relación entre los acreedores y su deudor, no trascendiendo a otros tópicos, tales como que el convenio debe posibilitar y amparar la reconversión del deudor afectado por los cambios económicos contemporáneos, es decir, no otorgaría los incentivos necesarios para evitar la quiebra, ya que los beneficios para ciertos acreedores, se da en el

¹²⁵ Proyecto del Senado ingresado en marzo de 2007 y que sigue en proceso de tramitación, número de Boletín 4908-03.

escenario de la quiebra y no del convenio. En este sentido, los convenios de los deudores insolventes con sus acreedores, contemplados en el derecho de quiebras, requerirían de algunos reparos. Sin el amparo de una legislación que facilite la reprogramación de todos los agentes económicos, y no de algunos solamente, es altamente probable que para aquéllos no exista la alternativa de reconversión y se transformen en segmentos más pobres y arruinados. Debido a la enorme necesidad de solucionar la situación de agobiamiento financiero y económico que viven las PyMEs, el proyecto de ley planteado constituiría un complemento indispensable al mismo.

Dentro de este escenario, el proyecto de ley tiene por objetivo establecer y regular convenios no concursables, que se caractericen por ser simples, baratos, libres y rápidos. Simple, el procedimiento debe tener la menor cantidad de formalidades y ritualidades posibles, limitándose éstas a aquéllas destinadas a dar la debida publicidad y transparencia de los actos y a evitar el fraude. Barato, que su costo corresponda a una cantidad mínima del capital negociado a través del convenio. Libre, regido por el principio de la autonomía de la voluntad, de manera de lograr sus objetivos, lo que implica que no necesariamente el convenio debiera ser uno mismo para todos los acreedores. Rápido, con un procedimiento breve y sumario, exento de actuaciones que traben su ejecutoria; y finalmente, no discriminatorio, no coercitivo y que se baste por sí mismo. En definitiva, una legislación en materia de convenios que permita el acceso de todo el universo de deudores.

La ley estaría dirigida a pequeños y medianos empresarios y pequeños deudores, que pueden presentarlos estén o no en cesación de pagos. Se definen tres tipos de convenios para ser celebrados:

- Convenio simple: que básicamente vendría a ser un convenio extrajudicial, que en forma posterior sería sometido a consideración de los

demás acreedores, de fácil factura y que tiene la posibilidad de ser homologado por los tribunales. Este convenio vendría a constituir un procedimiento ágil, por cuanto permitiría que acreedores y deudores optar por soluciones más convenientes y sin tantas formalidades. Este tipo de convenio no sería homogéneo para todos los acreedores.

- Convenio de los pequeños deudores: se define por pequeños deudores a personas naturales o microempresas en cualquiera de sus formas. Este convenio daría al deudor el beneficio de pobreza, no requiriéndose de interventor ni de informante. El derecho sólo podría ejercerse siempre y cuando se refiera a deudas que totalicen el equivalente a 2.000 U.F. Este convenio busca dar la oportunidad de reprogramar los pasivos en un procedimiento expedito y gratuito, a personas y microempresarios de escasos recursos.
- Convenio preventivo especial: se halla dirigido a empresarios cuyas ventas anuales no superan el monto de 100.000 U.F. En aquellas sociedades que sean económicamente viables según la opinión de los acreedores, se buscará admitir la integración del último pago del convenio a través de participación en su capital, y eventualmente que el acreedor pueda ceder este derecho en cualquier momento a personas que asuman el riesgo del mercado accionario, con lo cual el acreedor podrá obtener liquidez monetaria en forma anticipada a la fecha señalada en el cumplimiento del convenio.

Proyecto de ley que permite la creación de consorcios de pequeñas y medianas empresas (PyMEs) para la exportación¹²⁶

El proyecto busca establecer normas que regulen y promuevan la formación de consorcios exportadores. Tiene por objetivo apoyar la conformación,

¹²⁶Proyecto de ley ingresado en diciembre de 2005. Número de Boletín 4053-03.

consolidación y desarrollo de grupos de pequeñas y medianas empresas de manera de constituirlos formalmente como consorcios, con el objeto de iniciarse en la actividad exportadora, recuperar posiciones comerciales en los mercados externos o bien incrementar y diversificar sus colocaciones en otros países. El proyecto y sin perjuicio de los programas de apoyo existentes, busca iniciar o reforzar una cultura exportadora entre las PyMEs, a través de un esquema de incentivos a la capacitación y soporte técnico intensivo para colocar a las empresas en posición de exportar.

La propuesta legislativa, está orientada al acceso de soporte técnico especializado para el despegue exportador de las PyMEs, a través de un esquema de incentivos tributarios, a lo largo del proceso de implementación de un plan estratégico de exportación.

Estas alianzas, bajo la modalidad de un consorcio de PyMEs, podrían darse en personas jurídicas afines (rubros similares), como, asimismo, en una cadena productiva (esquema vertical), de manera de resolver problemas complejos y encarar desafíos tales como: i) acceso a mercados de mayor tamaño y más exigentes; ii) reducción de costos en las transacciones; iii) desarrollo y mejoramiento de productos; iv) mejoramiento de las gestiones de cada empresa; v) acceso a tecnología.

Modificación del Decreto Ley N° 3.472 de 1980, que creó el FOGAPE¹²⁷

Esta iniciativa tuvo como propósito ampliar la capacidad operativa del FOGAPE y perfeccionar su funcionamiento; para ello se estableció un aporte fiscal de 10 millones de dólares o su equivalente, con el objeto de destinarlos a garantizar financiamientos autorizados. Además se flexibilizó la utilización de compromisos conforme lo establece la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Se homologaron los requisitos exigidos para ser

¹²⁷ Proyecto de ley ingresado en Agosto de 2006 y que se halla finalizado. Número de Boletín 4363-03.

elegible y acceder a la garantía del Fondo. Se aumentó el monto máximo de crédito a exportadores. Se incorporó también operaciones de leasing financiero y otros mecanismos de financiamiento autorizados al efecto por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Se propuso otorgar la garantía del Fondo para acceder a financiamientos en moneda extranjera. Se facultó al Fondo para contratar mecanismos de reafianzamiento y de seguro de sus compromisos, con instituciones tanto públicas como privadas, nacionales o extranjeras, de acuerdo a las condiciones que establezca la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, previa autorización del Ministerio de Hacienda.