

**COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY QUE FIJA NORMAS
ESPECIALES PARA LAS EMPRESAS DE MENOR TAMAÑO
Boletín 5724-06**

Este informe responde a una solicitud de la Comisión de Economía del Senado para que Libertad y Desarrollo de a conocer su parecer respecto de la indicación de Su Excelencia la Presidenta de la República, signada con el número 83 b), que plantea sustituir la letra i) que el proyecto agrega al artículo 4º de la ley N°20.169 sobre competencia desleal.

Para ello se abordará el tema planteado desde dos puntos de vistas. Por una parte se harán ciertas apreciaciones generales a la actual regulación existente sobre competencia desleal en los mercados, para con posterioridad analizar, sobre la base de lo planteado, el texto propuesto en la indicación del Ejecutivo.

I. Apreciación general

Durante la tramitación del proyecto de ley que resultó en lo que actualmente es la Ley N°20.169 que regula la competencia desleal, Libertad y Desarrollo mediante distintos documentos¹ dio a conocer públicamente su opinión sobre la materia. En aquél momento la opinión fue contraria al proyecto por dos motivos principales:

En primer lugar, la regulación de la competencia desleal, dada la amplitud con que se concibió en la ley, entra en conflicto con otras legislaciones que regulan materias afines. El artículo 1º al hacer aplicable la ley a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal, choca tanto con la regulación existente en la Ley de Protección al Consumidor como en las relativas a la propiedad industrial e intelectual. En ese sentido, lo esencial a regular en una legislación sobre competencia desleal, debiera apuntar a evitar prácticas abusivas en las relaciones entre los agentes del mercado (competidores) que ofrecen productos o servicios y entre éstos y sus proveedores, excluyendo a los consumidores y terceros.

¹ Nueva Regulación a la Competencia: Un proyecto innecesario, 24 de marzo de 2006, en Temas Públicos LyD y Reseña Legislativa N° 653, 23 de diciembre de 2003, LyD.

En segundo lugar y relacionado con lo anterior, la ley N°20.169, en vez de entregar el conocimiento de las causas sobre competencia desleal a un tribunal especializado, optó por los jueces de letras con competencia en lo civil. El desarrollo que ha observado nuestra justicia en los últimos años, deja en evidencia la conveniencia de asignar aquellas materias que requieren conocimientos específicos a tribunales especializados. Así se ha hecho en materia tributaria, en familia, en la nueva justicia laboral y en materia penal. Una materia de difícil determinación como ocurre con lo que puede ser calificado como una práctica de competencia desleal, debiera ser entregada a un tribunal especializado con conocimiento en la materia, tribunal que en nuestro ordenamiento debiera ser el TDLC.

A mayor abundamiento, la ley N°20.169 optó por establecer un criterio general sobre el concepto de competencia desleal además de un catálogo no taxativo de conductas sancionables. La lógica detrás de esa técnica legislativa es la de establecer criterios o guías a los jueces y competidores sobre qué tipo de conductas son sancionables, pero en ningún caso limitarlas a éstas, suponiendo que un juez con especialidades en la materia podría sancionar cualquier conducta que incumpla con el criterio general que la ley establece aún cuando no esté en la lista ejemplar del artículo 4°. Sin embargo, ello difícilmente ocurre cuando quienes deben conocer las complejas prácticas de mercado relacionadas con la competencia desleal son jueces comunes, forzando en definitiva al legislador a ampliar el catálogo de conductas sancionables, en la medida que se complejizan las relaciones comerciales y en donde los jueces no son capaces de sancionar sin una norma expresa.

II. Aspectos particulares

1. Frente a la consulta específica sobre la indicación sustitutiva de Su Excelencia la Presidenta de la República mediante la cual se busca sustituir la letra i) que el proyecto agrega al artículo 4° de la ley N°20.169, cabe señalar que no parece conveniente, toda vez que **agrega dentro del catálogo de prácticas desleales una práctica que está sancionada expresamente en el decreto ley N° 211**, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Dicho cuerpo legal, señala en su **artículo 3° letra b)** como actos o hechos contrarios a la libre competencia, “La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a **otros abusos semejantes.**” Para despejar

cualquier duda en torno al alcance de dicha disposición, la ley N°20.361 recientemente promulgada que modifica el DL N°211, reemplazó en el artículo 3° letra b) la expresión “empresa” por “agente económico”, precisamente con el objeto de incorporar un concepto más amplio que admita, por ejemplo actos contrarios a la libre competencia entre un proveedor y un distribuidor.

La indicación del Ejecutivo, busca sancionar en el ámbito de la competencia desleal una conducta que ya está sancionada –correctamente- en el DL N°211, por lo que **no hay motivos para duplicar la legislación vigente**. Y, si bien la legislación sobre Libre Competencia, a diferencia de lo que es la Competencia Desleal, supone la existencia de un agente que goce de una posición dominante en el mercado, **el caso específico que se busca regular no puede darse sino en un escenario donde un agente económico goce de una posición dominante en el mercado**, ya que de lo contrario difícilmente pueda imponer cláusulas contractuales abusivas a sus proveedores.

A mayor abundamiento, **la sanciones contempladas en el DL N°211 son considerablemente más altas que las de la ley N°20.169**, por lo que ante una conducta como la descrita, lo lógico es que se recurra vía DL N°211 y no como infracción a la Competencia Desleal.

2. Cómo se señaló en el numeral anterior, la ley N°20.169 define de manera amplia qué se entiende por acto de competencia desleal y establece un catálogo no taxativo de ciertas conductas que a priori las califica como desleales a la competencia, para de ese modo facilitar la labor del juez al darle ciertos parámetros sobre los cuales fallar. Al incorporar al artículo 4°, una causal que señala que se considerará un acto de competencia desleal, **algo tan impreciso como puede llegar a ser lo que se entienda por cláusula contractual abusiva**, no sólo se abre la puerta para que se revisen los términos contractuales que dos o más partes libremente han podido convenir, sino que al mismo tiempo se da un mensaje explícito en el sentido de que aquella parte que en un contrato estima haberse visto perjudicada, pueda impugnarlo alegando que ello supone una práctica desleal. **Con una norma como la propuesta, se corre el riesgo de transformar al juez en un regulador de precios y condiciones contractuales en el mercado.**

Po su parte, la letra i) original del proyecto de ley tiene un alcance mucho más claro y preciso que el de la indicación, al referirse al **“incumplimiento sistemático de deberes contractuales con los proveedores para efectos**

de obtener rebajas artificiales de costos". Es más clara y precisa porque se refiere exclusivamente a **hechos objetivos y verificables** como es un incumplimiento **sistemático** de obligaciones –lo que supone una cierta permanencia o reiteración en el tiempo- y que sea realizado con el objetivo específico de obtener una **disminución en los costos**. Por el contrario, la redacción propuesta por el Ejecutivo, amplía la causal al establecimiento de cláusulas contractuales abusivas en desmedro de los proveedores, incorporando un elemento subjetivo, de difícil determinación y totalmente ajeno a lo que es el ámbito de la competencia desleal.

3. Un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico es la autonomía de la voluntad, que en un ámbito más concreto se manifiesta en la **libertad de contratación** que se reconoce tanto como un principio general del derecho así como una garantía constitucional en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República. Esta libertad de contratación no es en ningún caso absoluta y reconoce diversos límites que actúan como correctivos a fin de evitar abusos que una interpretación demasiado formalista de dicho principio pudiesen producir. Así, nuestro ordenamiento mediante el reconocimiento de elementos tales como la nulidad absoluta y relativa, la buena fe, las acciones revocatorias, los contratos dirigidos, la simulación, entre otros, pone atajo a ciertos abusos que pudiesen darse en el ejercicio de lo que se ha llamado la libertad negocial².

Sin embargo, las normas sobre competencia desleal no regulan directamente los actos o contratos entre dos o más partes, sino que regulan situaciones que tienen por objeto desviar la clientela de un agente del mercado mediante prácticas ilegítimas que suponen mala fe. Ello queda en evidencia del análisis del artículo 4° de la ley 20.169 que en todos sus literales regula situaciones como la descrita³. La indicación del Ejecutivo, por el contrario, no parte del supuesto de la mala fe, sino que busca proteger a la que estima como la parte más débil de una relación comercial, protegiéndola contra las cláusulas abusivas a las que se vería obligada a acceder. **Ese tipo de prácticas efectivamente existen, pero como se ha señalado, para que ello ocurra, necesariamente una de las partes debe gozar de una posición dominante en el mercado, y ello ya está cubierto por el DL**

² En oposición a la *libertad de negociar* que se refiere a la libertad para realizar o no un determinado negocio jurídico, la *libertad negocial* se refiere a la posibilidad de determinar el contenido de dichos actos o contratos.

³ Los literales del artículo 4° sancionan prácticas tales como la difusión de hechos falsos, el uso de signos que induzcan a engaño, las comparaciones acerca de hechos no verificables, el abuso de acciones judiciales, entre otros.

Nº211. Las partes que libremente han acordado los términos de un contrato deben por tanto someterse a las normas comunes, pudiendo dejarse sin efectos dichos contratos de acuerdo a las reglas generales aplicables en materia civil, comercial, de libre competencia o competencia desleal.

4. Las prácticas que por la presente indicación se pretenden regular, dicen relación directa con los abusos que ciertos actores del retail cometerían como empresas abastecidas respecto de sus proveedores, así como el abuso que algunos proveedores cometerían abusando de su poder de venta respecto de sus distribuidores. Si bien dichas prácticas, han existido y probablemente sigan existiendo en el futuro, el mercado ha ido haciéndose cargo de ellas a través de la autorregulación y cuando ésta ha fallado, la institucionalidad vigente ha sabido castigarlas.⁴

5. En conclusión, y de acuerdo a lo señalado, Libertad y Desarrollo es de la opinión de mantener la redacción actual del proyecto, **evitando incorporar los elementos que la indicación del Ejecutivo agrega**, toda vez que el texto propuesto para sustituir la letra i) que el proyecto agrega al artículo 4º de la ley Nº20.169 sobre competencia desleal, es una materia que ya está regulada en el DL Nº 211; tal como viene planteada es en exceso imprecisa y abre la puerta para la judicialización de las relaciones comerciales convirtiendo a los jueces en reguladores del mercado. Lo anterior resulta más delicado al considerar que la Ley Nº 20.169 sobre Competencia Desleal hace competente a los tribunales ordinarios que carecen del grado de especialización que una materia de ésta naturaleza requiere.

6. Por último, y aún cuando excede del ámbito que la Comisión nos ha solicitado informar, creemos que sería conveniente **revisar la letra h)** que se está incorporando al artículo 4º de la ley Nº20.196, ya que su redacción es sumamente confusa.

Jaime Salas V.
Programa Legislativo
Libertad y Desarrollo

⁴ A modo de ejemplo se puede citar la sentencia Nº9/ 2004 del TDLC, Asociación Gremial de Proveedores A.G con D&S; Avenimiento de fecha 23 de julio de 2008, entre Fiscalía Nacional Económica y Cervecera CCu Chile Ltda; y Manual D&S sobre Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías, disponible en <http://www2.dys.cl/pdf/tcga.pdf>.