Boletín Nº 13.106-03

Proyecto de ley, de los Honorables Senadores señores Ossandón y Elizalde, que modifica el decreto ley N° 211, de 1973, sobre protección a la libre competencia, en la forma que indica.

I.- Fundamentos del proyecto

Desde el siglo pasado el legislador chileno ha buscado proteger el bien jurídico de la libre competencia ya que es considerado como beneficioso y conveniente para la sociedad, pues, por una parte, se busca proteger la eficiencia de los mercados -entendida como la maximización de la utilidad de la sociedad- y, por otra parte, se busca resguardar el libre ejercicio del comercio evitando abusos de otros competidores. Diversas han sido las modificaciones al DL 211 de 1973 que han mejorado y robustecido la institucionalidad en la materia, junto a cambios y mejoras en la composición del tipo del ilícito anticompetitivo.

Hoy nuestro país vive una crisis social que ha despertado muchas reclamaciones sociales que son justas y necesarias, dentro de las cuales se encuentra el terminar con los abusos en materia económica. Es por ello que el presente proyecto de ley tiene por fin establecer un ejemplo concreto de atentado contra la libre competencia, el cual se describirá a continuación.

Si bien el tipo de libre competencia del artículo 3° del DL 211 se considera como "abierto", en el inciso segundo de dicha norma se señala "Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:", por lo que el legislador que nos ha precedido ha calificado conductas concretas como anticompetitivas. En tal sentido, el tipo del ilícito anticompetitivo no deja de ser abierto, sino que, por el contrario, el legislador da ejemplos concretos de su materialización sin excluir con ello a otras conductas que encajen en el inciso primero del citado artículo 3°. No obstante lo anterior, en el evento que se cumpla una de las hipótesis concretas que el legislador ha definido como anticompetitivas, se comete de esta forma el ilícito contra la libre competencia.

En dicho sentido el presente proyecto de ley busca incorporar como atentado contra la libre competencia a la conducta consistente en cobrar en diciembre el doble del arriendo de locales en centros comerciales. Es común que en los contratos de arriendo de locales en centros comerciales se establezca que en el mes de diciembre se tenga que pagar doble renta. La justificación que se otorga es que en dicha fecha aumenta considerablemente la venta de los locales comerciales, razón por la cual se debe pagar más, siendo que los gastos de administración del centro comercial no suben en la misma proporción, aludiendo, también, que dicho mayor cobro es una "práctica comercial".

La mencionada cláusula de sobrearriendo es comúnmente impuesta por los arrendadores que gozan de un poder monopólico[1], posición dominante[2] o, al menos, de poder sustancial de mercado[3], que en este caso se traduce en "poder de arriendo", frente al cual el arrendatario generalmente tiene mucho menos poder de negociación y termina por ceder ante las condiciones impuestas por el dueño del centro comercial, ya que de lo contrario no puede acceder al local. Esto afecta el libre e igual derecho que tiene toda persona a desempeñar una actividad comercial.

---

[1] Se entiende por monopolio a una estructura de mercado en donde existe un único oferente de un cierto bien o servicio, es decir, una sola empresa domina todo el mercado de oferta. http://economipedia.com/definiciones/monopolio.html.

[2] El TDLC ha señalado "De acuerdo con la literatura económica, una empresa goza de posición dominante en un mercado cuando puede actuar con prescindencia de sus rivales y, por ello, puede imponer condiciones de oferta PARECIDAS A UNA SITUACION MONOPÓILICA" (Sentencia Rol 153/2016, Considerando Dieciochoavo).

[3] Se dice que una empresa cuenta con poder de mercado cuando puede aumentar y mantener el precio de sus productos o servicios por encima del nivel que existiría en un mercado perfectamente competitivo.
https://economipedia.com/definiciones/poder-de-mercado.html
Por ende, por poder de mercado debe entenderse a la capacidad de una empresa para influir de manera relevante en el precio de un bien o servicio o en otras variantes del mercado.

Es especialmente abusivo cuando el arrendatario se trata de una PYME, que frente a las grandes cadenas de shopping poco puede negociar. Por ello es razonable que en contratos de arriendo cuya renta mensual sea igual o menor de 180 unidades de fomento se considere como abusiva y contraria a la libre competencia a la cláusula que imponga el pago de una renta mayor a la normal en el mes de diciembre, pues de esta forma se atenta contra la libertad de comercio de los pequeños arrendatarios. En tal sentido, el legislador determina que tal figura es anticompetitiva per se ya que configura un abuso de poder de mercado del arrendador de carácter explotativo.

Similar razonamiento tuvo la Corte Suprema de Justicia[4] al declarar contraria a la libre competencia la denominada "cláusula radial" con la que un centro comercial intentó prohibir a sus arrendatarios el abrir otros locales a menos de un radio de 5 kilómetros, constituyendo tal comportamiento como abusivo y anticompetitivo.

En síntesis, como reflexión general del presente proyecto de ley debe señalarse que la incorporación de esta nueva figura especifica al inciso segundo del artículo 3° del DL 211 es procedente porque, en primer lugar, el legislador está facultado para hacerlo y, por sobre todo, porque es justo y necesario frenar abusos anticompetitivos que afectan la libertad de comercio y, en definitiva, atentan contra la paz social.

II.- Contenido y fundamento del proyecto

El presente proyecto de ley tiene por objeto modificar el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre la protección a la libre competencia, mediante la incorporación de una nueva letra e) al inciso segundo del artículo 3°.

PROYECTO DE LEY

“Artículo único. - Se modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre la protección a la libre competencia, en la forma que se indica:

Incorporar en el inciso segundo del artículo 3° una nueva e) de la siguiente forma:

e) Las cláusulas en contratos de arriendo de locales en centros comerciales que permitan cobrar en diciembre u otro mes especifico un valor distinto al pagado en promedio mensual de los últimos once meses cuando se trate de contratos de arriendo cuya renta mensual sea igual o inferior a 180 unidades de fomento.

[4] Ver sentencia rol 1197/2003, Corte Suprema.