

## DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

*Ricardo Revecó Urzúa*

Profesor de Derecho Civil

Universidad de Chile

*Ricardo Padilla Parot*

Universidad Diego Portales

LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 13 DE MARZO DE 2014, ROL N° 6.256-2012.

La sana competencia en los mercados –señala la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>1</sup> en su considerando 15°– equivale:

“A una carrera de 100 metros planos, en que cada corredor va por su pista y gana el más rápido, no el que bota al otro competidor”.

Y la analogía que nuestra Iltma. Corte señala trae un desafío que es doble. El primero constituye en identificar cuándo dos agentes del mercado se encuentran en posición de competir. El segundo, el dar cuenta cuándo uno de aquellos agentes vence a sus competidores por medio de conductas que nuestro legislador tipifica como desleales.

<sup>1</sup> Cuarta Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Presidida por el ministro Juan Manuel Muñoz Prado e integrada por la ministra Dobra Lusic Nadal y por el abogado integrante José Luis López Reitze, redactor del fallo comentado.

Desde luego, para hablar del Derecho de la Competencia, debemos, primero, hacer una distinción de la normativa aplicable, pues tanto el DL N° 211 sobre la Libre Competencia en los Mercados, y la ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal, tratan y regulan la lealtad en la competencia. Para efectos del presente comentario, nos interesa explicitar cuando la segunda de estas normas cobra aplicación, lo que ocurre –nos dice la Corte en su considerando 12°– cuando las prácticas desleales:

“no tienen un efecto en la creación o modificación de posiciones dominantes en los mercados, y en consecuencia no hay objetivamente un riesgo de eliminación o de ausencia de competencia (...). De ahí, que frente a esta norma lo que se pretende evitar es la competencia desbordada entre agentes que tienen como mercado objetivo a un mismo grupo o segmento de clientes, y en que mediante la sola estrategia de mercadotecnia, no es posible un incremento en las ventas”.

Como lo ha señalado el profesor Mauricio Tapia, en nuestro sistema se

permite y favorece la competencia, incluso aquella fuerte o ruda; pero en ningún caso puede ser sucia<sup>2</sup>. Entonces, cabe analizar cuándo estaremos efectivamente frente a una hipótesis de competencia desleal; circunscrito en este comentario, dentro de un negocio jurídico de distribución comercial.

### I. LOS HECHOS

La sociedad demandante (distribuidor), solicita ante el 24° Juzgado Civil de Santiago, bajo el rol C-25.666-2009<sup>3</sup>; se declare que diversos actos realizados por la sociedad demandada (principal), son constitutivos de competencia desleal. Entre ellas, se imputa que la demandada habría impuesto la modificación al contrato de distribución<sup>4</sup>, y que, a su vez, realizó venta directa a uno o más de los clientes del distribuidor.

El tribunal de primera instancia rechaza en todas sus partes la demanda, sobre la base de no haberse acreditado que las actuaciones efectuadas por la sociedad principal fueren constitutivas de competencia desleal. Por el contrario –razona el tribunal de primer grado– respecto de uno de los clientes a los que se habría realizado la venta directa:

“Ha quedado demostrado que no ha sido ella quien ha efectuado actuaciones de mala fe y contrarias al orden económico, para desviar dicho cliente de la actora, siendo precisamente tal cliente, quien de acuerdo a sus políticas de conveniencia de mercado a buscado a la demandada como un mejor oferente de los productos que requería, hecho que normalmente buscan los consumidores de sus proveedores”<sup>5</sup>.

Dicha decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago en su considerando 28°:

“Esta Corte comparte lo que viene resuelto por el tribunal a quo, en el sentido que la demandada no ha incurrido en actos de competencia desleal respecto de la actora, sino que se ha obrado al tenor de los estándares de los acuerdos de distribución y eventualmente pudieren corresponder otros derechos u acciones al actor”.

La venta directa del fabricante a un tercero en violación al contrato de distribución no quedaría sujeta a la Ley de Competencia Desleal. A juicio de la Corte de Santiago correspondería que el distribuidor entablara otras acciones. En este caso, estimamos procedente las acciones por incumplimiento al contrato de distribución en los términos que más adelante indicamos.

<sup>2</sup> TAPIA (2008), p. 181.

<sup>3</sup> Sentencia definitiva de primera instancia del 22 de junio de 2012.

<sup>4</sup> La supuesta infracción fue desechada por los tribunales por cuanto se estimó que esa negociación era el ejercicio de la autonomía privada de las partes, habiendo, incluso, el demandante desechado la oferta propuesta por la demandada, lo que no podía constituir un acto abusivo de aquéllos que sanciona la ley N° 20.169.

<sup>5</sup> Considerando 21°.

## II. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL ¿PRINCIPAL Y DISTRIBUIDOR SON COMPETIDORES?

El profesor Álvaro Puelma<sup>6</sup> nos introduce a la materia señalando la importancia de este tipo de contratación, pues se ha afirmado que prácticamente la mitad de los bienes y servicios producidos por las grandes empresas industriales, llegan al consumidor en el mundo por esta vía. En efecto,

“Cuando los volúmenes de negocios son mayores entre principal y agente, se acostumbra celebrar un contrato denominado de concesión, distribución o franchising, que en muchas ocasiones otorga exclusividad territorial e impone al distribuidor mayores obligaciones (...). El distribuidor o concesionario normalmente opera como un dealer”<sup>7</sup>.

Ahora bien, en doctrina comparada se le ha definido como aquel contrato por el cual

“el productor o fabricante conviene el suministro de un bien final –producto determinado– al distribuidor, con quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada”<sup>8</sup>.

Este tipo de contrato se encuentra dentro de aquéllos de colaboración, en los que una parte desarrolla una actividad en concurrencia con la actividad de otra, aunque de manera independiente; pero con una finalidad común: la venta a los terceros de un producto.

Los contratos de distribución se presentan como vehículos que permiten al distribuidor la adquisición de productos del principal o fabricante, pero el primero de ellos organiza su propia empresa,

“Corre con los gastos, puede desarrollarla, según los casos, a través de subdistribuidores (...) se obliga a gestionar un depósito, observa la política de comercialización en sentido amplio impuesta por el fabricante”<sup>9</sup>.

Las obligaciones<sup>10</sup> que el distribuidor asume no son nada simples. Éste se encuentra bajo la supervigilancia y control del principal, quien le exige los más altos estándares que imperan en la industria del producto. Mal que mal, en un área geográfica determinada, llega a ser el representante del producto y del ente corporativo del fabricante o principal.

Como contraprestación, el principal suele concederle un descuento que considera el margen de ganancia

<sup>9</sup> GINER (1994), p. 57.

<sup>10</sup> Dentro de esas obligaciones agrega MARZAROTTI (1992), p. 76: (1) la de vender los productos, por lo menos en la cantidad mínima que se obligó; (2) Promover la venta de mercaderías y obtener la mayor colocación posible; (3) Pagar las facturas de compra de dicha mercaderías y (4) Verificar el estado de las mercaderías y mantener un inventario adecuado de las mismas, y en su caso, de repuestos.

<sup>6</sup> Véase PUELMA (1999).

<sup>7</sup> PUELMA (1999), p. 68.

<sup>8</sup> MARZAROTTI (1992), p. 53.

conseguido en ventas. Asimismo, en muchos casos estos negocios pueden presentar en su contenido cláusulas de exclusividad, por medio de las cuales se les otorga una protección territorial a los distribuidores que, según los casos, puede ser absoluta o relativa.

Ahora bien, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿qué ocurre cuando el principal vende directamente los productos a los clientes del distribuidor? Y ello se responde poniendo atención en dos cuestiones:

- 1) Establecer si el principal y distribuidor son competidores y
- 2) Si la venta directa del principal al mercado del distribuidor es constitutivo de un acto de competencia desleal, o por el contrario, detenta otro carácter sancionado por nuestro ordenamiento jurídico.

Para el tribunal de alzada la Ley de Competencia Desleal no podría tener aplicación en el caso planteado. En efecto, la Corte de Santiago estima que como elemento esencial del contrato de distribución se distingue precisamente el espíritu colaborativo de ambas partes:

“Así el que produce, qué es débil en venta, se une y colabora con quién es fuerte en venta, pero débil o carente de producción”<sup>11</sup>.

De allí que el Ilmo. tribunal establezca:

“el principal y distribuidor no pueden ser competidores, por

tanto no pueden ser oferentes de un mismo producto”<sup>12</sup>.

Concluyendo que resulta esencial en un acuerdo de distribución que el principal y distribuidor:

“se encuentren en etapas diversas de la cadena de producción y abastecimiento al mercado de consumidores”<sup>13</sup>.

Descartado el carácter de competidores entre principal y distribuidor, pareciese que la Corte falla conforme a Derecho, pues no se cumple con ese requisito exigido por la ley N° 20.169.

Pero creemos que aquel razonamiento es incompleto. Lo anterior, debido a que el enunciado contenido en el artículo primero de la Ley de Competencia Desleal, ha desdibujado la aplicación estricta de esta normativa, porque aquel precepto es lo suficiente-

<sup>12</sup> Considerando 19°.

<sup>13</sup> *Ibid.* Ahora bien, la Corte estima que si se aceptara que principal y distribuidor fueran competidores, vendiendo un mismo o similar producto a un mismo mercado, “su acuerdo de venta, eventualmente podría constituir un acuerdo de competidores, de aquellos que tienden a eliminar competencia y por ello vulnerar el ámbito del Decreto Ley 211”. Y agrega: “Que atendida la complementación de este tipo de acuerdos, entre principal y distribuidor, necesariamente debe existir un traspaso permanente y continuo de información recíprocas (...). Eventualmente puede ocurrir que existan diversos distribuidores de un mismo principal, en un mismo territorio y el uso de aquella información, que pudiera eventualmente importar asignaciones de zonas de exclusividad territorial, o de segmentos de mercado, eventualmente y bajo ciertas premisas también puede ser atentatorio de las normas de Libre Competencia, por cuanto, eliminaría la competencia entre competidores, que son los distribuidores del principal” (considerando 20°).

<sup>11</sup> Considerando 19°.

mente amplio para dar cabida a situaciones en que sujetos no competidores pueden hacer uso de las acciones que esta ley dispone. Recordemos que el artículo primero dispone:

“Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, *en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal*”.

No es extraño que nuestro legislador confunda los campos de aplicación de leyes sectoriales como la ley N° 20.169. En efecto, los literales h) e i) del artículo 4 de la citada ley, establecen como actos de competencia desleal situaciones anómalas –y en efecto coyunturales a la realidad nacional–, pues no resguardan la competencia entre dos agentes del mercado.

Dichos literales, incorporados por la ley N° 20.416 –*que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño*– tienen por objetivo resguardar, en primer lugar, los casos en que la empresa compradora (que busca ser aprovisionada de un producto) presiona a su proveedor para que le otorgue condiciones similares o mejores a las ofrecidas a su competencia o, derechamente, no le otorgue a esta última las mismas condiciones. Por su parte, el literal i) del artículo 4, protege al proveedor frente al incumplimiento sistemático de las obligaciones contractuales por parte de la empresa compradora<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> HISTORIA DE LA LEY 20.416. Informe Comisión de Economía, p. 247, en [www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010668](http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010668). [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2013].

Como se ve, aquellos literales sancionan las conductas que grandes empresas de *retail* realicen frente a sus proveedores (pequeñas o medianas empresas); cuestión que difiere del resguardo de la competencia leal dentro del mercado. De manera que, la esfera de protección de la norma en aquellos casos (literales h e i de la ley N° 20.169), no se subsume frente a actos entre agentes competidores e, incluso, suponen un quebrantamiento del contrato que les vincula.

Pero lo cierto es que el acto de competencia desleal –en la forma que ha sido regulado por el legislador– es el que busca en esencia desviar ilícitamente la clientela de terceros y no sólo de competidores. Si a lo dicho se le complementa con la cláusula general del artículo 3° de la ley, la conclusión es aún más clara, ya que éste establece:

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

Perfectamente podría ocurrir que una persona o sociedad que aún no se introduce al mercado de un producto, ingresar a él provocando el incumplimiento contractual de terceros; justo como puede darse cuando un tercero interfiere en la relación contractual llevada entre principal y distribuidor.

Pero en el caso que se comenta, lo que efectivamente impediría que el distribuidor fuera en contra del principal conforme a la normativa de la competencia desleal, es la existencia

previa de un contrato. Ello, debido a que el acto de deslealtad en la competencia es constitutivo de un ilícito civil, en que no existe una relación contractual. De allí que el propio legislador en el artículo 5 letra d) de la ley, haya establecido que en el caso de ejercerse la acción indemnizatoria se aplicará el estatuto de responsabilidad aquiliano.

A nuestro juicio, en circunstancias como las descritas, el estatuto contractual prevalece, no siendo uno de estos casos en que el cúmulo o concurrencia de responsabilidad civil tendría aplicación<sup>15</sup>. Lo que derechamente existe –acreditándose, desde luego en el proceso– es un incumplimiento contractual por parte del principal y no un acto de competencia desleal.

### III. EL INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPAL: LA EVENTUAL INTERFERENCIA EN CONTRATO AJENO

La Corte de Apelaciones parece estar de acuerdo con nuestra postura, pero con la salvedad de obviar el tenor de nuestra normativa, la que permite que no sólo competidores pueden ejercer las acciones de la ley N° 20.169, pues el Iltmo. tribunal estima en su considerando 23°:

“Frente a situaciones fácticas de ventas directas del principal al mercado objetivo del distribuidor o a clientes de éste, el principal pasa a ponerse jurídicamente en la condición de

competidor del distribuidor y ocurre una vulneración del contrato de distribución, más ello per-se tampoco es constitutivo, desde el punto de vista de la relación principal-distribuidor, de un acto de competencia desleal, por cuanto hasta antes de dicho hecho no eran competidores luchando en un mismo mercado, por mismos clientes (...), y no habiendo sido competidor previamente, mal puede haber desplegado una conducta de exceso de competencia, que es lo que la ley de competencia desleal pretende evitar. De ahí, que tales incumplimientos, precisamente en materia de contratos de distribución, quedan dentro del ámbito de la forma de cumplimiento de los contratos y del derecho alternativo que otorga el artículo 1489 del Código Civil”.

La última parte del considerando transcrito es correcta, pero para ser más precisos, parece más adecuado subsumir los hechos aplicando el artículo 1555 del *Código Civil*, debido a que la obligación incumplida por el principal constituye una de aquéllas de no hacer, en la medida de que así se haya acordado en el respectivo contrato de distribución.

Osvaldo Marzaroti aclara en este punto que dentro de las obligaciones del principal, se encuentra precisamente la de:

“no vender directamente los productos o no designar otro dis-

<sup>15</sup> Sobre la concurrencia de responsabilidad civil, véase CORRAL (2013); BARROS (2006); DE LA MAZA y PIZARRO (2012) y RODRÍGUEZ (1999).

tribuidor en la zona de exclusividad”<sup>16</sup>.

Obligación de carácter esencial<sup>17</sup> que daría paso al cumplimiento forzado o al remedio resolutorio, y –acreditándose o presumida la culpa<sup>18</sup>–, al indemnizatorio, salvo, desde luego, que en dicho contrato exista la posibilidad de ejercer venta directa o no se haya contemplado una cláusula de exclusividad; cuestión que las partes pueden pactar en ejercicio del principio de libertad contractual.

Además, el tribunal de alzada nos advierte de un aspecto que las partes omitieron dar cuenta en el juicio, pues en el proceso quedó acreditado que quien solicitó la venta directa del principal fue precisamente uno de los clientes de la sociedad demandante, el cual, a su vez, era otra empresa distribuidora que con anterioridad no detentaba una relación contractual directa con la demandada.

Sobre este punto, la Corte razona:

“una situación diversa opera frente a un competidor, que conociendo de la relación contractual, entre un principal o proveedor y su distribuidor, fuerza, induce o convence al principal para incumplir su contrato de distribución, y con ello elimine a un competidor en términos desleales, y finalmente éste competidor contraiga una relación de distribución con el principal de su competidor”.

Como se desprende del considerando de la Corte, no es posible olvidar que el acto de competencia desleal es uno de aquéllos que reviste el carácter de doloso o de mala fe; es un acto deliberado, que tiene la intención de causar daño en otro agente del mercado<sup>19</sup>. De ahí que sea considerado por nuestro legislador como un ilícito civil en el literal f) del artículo 4° de la ley N° 20.169<sup>20</sup>.

El ilícito anterior requiere una ardua tarea probatoria, y que, por lo demás, nuestro Iltmo. tribunal no era competente de pronunciarse al no haberse emplazado al tercero inductor y tampoco deducido la correspondiente acción basada en el literal f) del artículo 4° de la ley N° 20.169:

“En tales casos, quien eventualmente puede actuar con exceso de competencia, y en contravención a las reglas de la sana competencia es el tercero que incita al principal a incumplir y con ello dejar de lado al distribuidor para obtener para sí un acuerdo de distribución (...) y con ello la calidad de competidor del actor, no constituye respecto del demandado un acto de competencia desleal (...) sino que eventualmente a aquel tercero, pero a cuyo respecto esta Corte no puede pronunciarse por no ser parte del pleito”.

De manera que, frente a un caso en que el principal realice una venta

<sup>16</sup> MARZORATI (1992), p. 76.

<sup>17</sup> Véase VIDAL (2009).

<sup>18</sup> Véase LÓPEZ DÍAZ (2010).

<sup>19</sup> TAPIA (2008), p. 185.

<sup>20</sup> Véase BANFI (2012).

directa a un cliente de su distribuidor, lo que habría no es un ilícito de la competencia, sino, eventualmente, un incumplimiento contractual que da paso a los remedios que nuestro sistema jurídico otorga respecto de él. Asimismo, y en el caso que se compruebe el ánimo malicioso del cliente del distribuidor, para efectos de que el principal rompa con su relación contractual, correspondería demandar por un acto de competencia desleal al tercero-cliente; debido a que intervino en un contrato ajeno.

Ahora bien, sobre este último punto cabe distinguir: Si quien interfiere en contrato ajeno es un competidor, la normativa expresamente permite a la parte del contrato que ha sido defraudada, dirigirse contra el tercero sobre la base del artículo 4 letra f) de la ley N° 20.169. Si el tercero no es competidor, el contratante podrá dirigirse en su contra, pero a través de la cláusula general del artículo tercero de la misma ley o, bien, invocando el estatuto general de responsabilidad extracontractual.

Son escasos los fallos en que nuestros tribunales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la normativa relativa a la competencia desleal, máxime cuando tratan de otorgar certeza jurídica al campo de aplicación de nuestro sistema de responsabilidad civil que alberga a dos estatutos. La Corte va en el camino correcto, con ciertas precisiones que hemos realizado.

Lamentablemente no podremos obtener un pronunciamiento del caso por parte de la Corte Suprema, ya que la demandante no recurrió en contra de la sentencia del tribunal de alzada que hemos comentado.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BANFI DEL RÍO, Cristián (2012). “Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile a la luz del Common Law”. *Revista chilena de Derecho Privado* N° 19. Santiago. Diciembre.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). *Leciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: LegalPublishing.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y Carlos PIZARRO WILSON (2012). *Responsabilidad Civil. Casos Prácticos*. Santiago: AbeledoPerrot.
- GINER PARREÑO, César (1994). *Distribución y libre competencia. El aprovisionamiento del distribuidor*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2010). “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno”. *Revista chilena de Derecho Privado*. N° 15. Santiago. Julio
- MARZORATI, Osvaldo J. (1992). *Sistemas de distribución comercial. Agencia. Distribución. Concesión. Franquicia Comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1999). *Contratación Comercial Moderna*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TAPIA R., Mauricio (2008). “La Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal: una hipótesis de responsabilidad civil contractual”. *Cuadernos de Análisis Jurídico. Regímenes especiales de responsabilidad*. Santiago: Ediciones

- Universidad Diego Portales, Colección de Derecho Privado, vol. IV.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2008). “Responsabilidad contractual objetiva”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.). *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil -Olmué*. completar datos editoriales
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999). *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009). “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXXII, Valparaíso.