

**Las mejoras regulatorias contempladas en la ley N°
20.416 que fija las normas especiales para las empresas
de menor tamaño**

Danielle Zaror Miralles

La autora es licenciada en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Concepción y Magíster en Derecho con Mención en Derecho Económico de la Universidad de Chile.

RESUMEN: Este trabajo es un capítulo que forma parte de mi tesis de magíster denominada “El Proceso de Mejora Regulatoria en Relación a Las Empresas de Menor Tamaño en Chile” y desarrolla el concepto de mejora regulatoria, el sentido y alcance que daremos para efectos de esta tesis al concepto de regulación, explicaremos por qué es necesario generar regulaciones especiales para las empresas de menor tamaño, los mecanismos propuestos por la nueva regulación, esto es, creación de nuevas normas, distinciones en aquellos casos en los que la regulación es genérica y gestar incentivos legales para lograr determinados objetivos. En la mayor parte de este artículo se desplegará un análisis de la casi totalidad de los aspectos que involucra la Ley Nº 20.416 que fija normas especiales para las Empresas de Menor Tamaño (EMT). Finalmente plasmamos una propuesta de interpretación en caso de conflictos en la futura aplicación de esta iniciativa.

PALABRAS CLAVES: empresa de menor tamaño, regulación, mejoras regulatorias.

ABSTRACT: This article is a chapter of my master's thesis entitled "The Regulatory Improvement Process of Small Size Companies in Chile" and develops the concept of regulatory reform. It will be explained the concept of regulation and why it is necessary to create special rules for smaller companies and the mechanisms of the new regulation –creation of new rules, distinctions in cases of generic regulation and the achievement of certain goals with incentives-. The most part of this article will analyze aspects of Act No. 20.416, which sets special rules for small size companies. Finally, a proposal of interpretation in case of conflicts in the future implementation of this initiative will be given.

KEYWORDS: Smaller company, regulation, regulatory improvements

Sección I

Regulación y Mejora Regulatoria.

1.- Mejora Regulatoria. Respecto al concepto de regulación hay que decir que sin duda, gran parte de la actividad que realiza el Estado y sus poderes puede ser considerada regulatoria (Ejecutivo y Legislativo). Usualmente, la doctrina jurídica y económica nacional asocia el concepto regulación con la normativa aplicable a los mercados regulados, esto es, al análisis de la normativa aplicable a la transmisión eléctrica, de los derechos de agua, telecomunicaciones, de la reciprocidad aérea, entre varios otros.

Como primera idea digamos que su concepto es multívoco, “en un sentido muy amplio y general (...) los teóricos anglosajones utilizan el término “regulation” como sinónimo de cualquier política administrativa pública de una autoridad privada con respecto a una regla prescrita en el interés público”¹.

En un sentido estrictamente económico, es posible efectuar una clasificación del concepto de regulación en, social, de procesos y económica². Es esta última clasificación la que nos interesa y que define la regulación como “aquellas reglas jurídicas de contenido económico, según las cuales funciona un determinado mercado”³.

Por regulación debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua⁴, “ajustado y conforme a sus reglas”. De lo anterior, se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse (...)”⁵.

En consecuencia, un proceso de Mejora Regulatoria es aquel destinado a provocar cambios en un determinado sistema jurídico, en particular a través del perfeccionamiento, adecuación o actualización de los instrumentos legales vigentes o a través de propuestas llamadas a cubrir vacíos legales o reglamentarios en la materia respectiva. Se trata de un proceso integral que va más allá de la regulación, desregulación o simplificación de trámites de un sector.

¹ AGUILAR VALDÉS, Oscar, citado por ORLANSKI, Leonardo, *Competencia y Regulación*, Buenos Aires, Editorial Ad-Doc, P, 2006, Nota al pie, p. 39

² Clasificación acuñada por GUASH, Luís y HAHN, Robert, en “*The cost and benefits of regulations. Implications for Developing Countries?*”, Citado por ORLANSKI, Op. Cit., p. 39

³ ORLANSKI, Op. Cit.

⁴ En DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª Edición, [en línea] <<http://www.rae.es>>.

⁵ Considerando 9º de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 21 de Abril de 1992 (Rol Nº 146)

Existen autores que señalan que “la definición clara de las reglas en las cuales debe enmarcarse el comportamiento de los agentes económicos es un factor que consensualmente se considera importante para lograr la eficiencia del sistema. Uno de los aspectos centrales que definen tal claridad es la predictibilidad y, por ende, racionalidad en el esquema de la regulación”.⁶ Esta última idea es uno de los elementos clave que se han tenido a la vista para promover una mejora regulatoria, por ejemplo, que las sanciones o su procedimiento de aplicación se impongan en un marco de racionalidad suficiente para evaluar las consecuencias probables de su incumplimiento.

Hecha la aclaración, es necesario señalar que en el actual contexto económico internacional, con una economía global que se caracteriza por elevados grados de interdependencia, que convive con rápidos cambios tecnológicos, financieros y sociales, el rol de la regulación es clave, y la mejora regulatoria es un proceso fundamental para fortalecer la promoción y desarrollo de las EMT.

2.- Aspectos de la Regulación. Para seguir adelante en esta investigación es necesario hacer una distinción previa en torno al sentido y alcance que daremos al concepto de regulación.

2.1 En Sentido Restringido. Entenderemos por regulación aquella emanada de la ley en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental cuando consagra que la Constitución asegura a todas las personas: “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o a la seguridad nacional, *respetando las normas legales que la regulen*”.

En virtud de este principio de reserva legal en materia económica, sólo el legislador es fuente de regulación económica.

2.2 En Sentido Amplio. Entenderemos por regulación en sentido amplio toda manifestación de la potestad normativa del Estado, entre ellas:

2.1.1 La Ley. Como manifestación de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite.

2.1.2 El Reglamento. Como resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria, entregada por la Constitución Política

⁶ PAREDES, Ricardo, “Privatización y regulación: Lecciones de la Experiencia Chilena”, en: *Después de la Privatizaciones Hacia el Estado Regulador*, Santiago, CIEPLAN, 1996, p. 218.

al Presidente de la República, sobre todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal.

Los tribunales superiores de justicia se han inclinado por esta interpretación extensiva. Así, han manifestado que: “El concepto de Orden Público Económico, como conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla, deben ser entendidas en un sentido amplio, de tal manera que la expresión “normas legales” debe comprender las normas emitidas por la autoridad potestativa del órgano administrativo del Estado”.⁷

Para efectos de esta investigación, entonces, entenderemos por regulación aquella concebida en términos amplios.

3.- Necesidad de Regulación Especial para las EMT. En el trabajo de tesis, del que forma parte este artículo, se ha desarrollado latamente al sujeto de la investigación. En aquellas consideraciones preliminares ha sido posible conocer en detalle la realidad y aspectos más esenciales de las EMT en Chile. Teniendo presente ese panorama el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía, envió el año 2008 al Congreso Nacional un proyecto de ley que *Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño* (Boletín N° 5724-26)⁸. Este proyecto fue el resultado de un extenso estudio de los hitos críticos en las etapas de creación, funcionamiento y cierre de las EMT en Chile. Conocido el estudio y expuesto el diagnóstico, se formularon una serie de medidas concretas, todas ellas exclusivamente destinadas a proponer mecanismos de mejora regulatoria, no sólo circunscritos al ámbito de la ley, sino que también en materia administrativa.

Este proyecto dio lugar a la Ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, del 03 de Febrero de 2010. Esta ley tiene por objeto generar condiciones regulatorias que permitan que las empresas, en el desarrollo de su actividad y bajo el entendido que éstas no sean contrarias a las reglas de orden público, puedan aprovechar al máximo sus ventajas comparativas en igualdad de condiciones. En el ámbito regulatorio, esto implicó modificar leyes existentes o la dictación de nuevas leyes. En definitiva, generar una normativa que sea consistente con un análisis del tamaño del sujeto y el análisis costo-efectividad,

⁷ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, Publicada en LXXXIX, Revista de Derecho y Jurisprudencia (1992) 2ª p., s. 5ª, p. 306. La sentencia de 3 de marzo de 2009, de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol IC N° 866-2008 se manifiesta en el mismo sentido.

⁸ 15 de Enero de 2008.

en donde el beneficio de la regulación supere los costos de cumplimiento, traduciéndose todo ello en un efectivo cumplimiento de la normativa.⁹

Como se indicó, esta iniciativa repercutirá en la modificación de normativas actualmente vigentes, así como también en la creación o modificación de nuevos reglamentos y en la implementación de mecanismos que generen un cambio en la cultura del ente regulador, y asegure así, que las futuras normas que se apliquen a estos sujetos tomen en cuenta precisamente las principales y específicas particularidades de las EMT.

4.- Mecanismos Propuestos para la Regulación. Esta ley pretende resolver una serie de problemáticas que reúnen varias características que la hacen novedosa e interesante, entre los cuales puedo destacar:

- Como la actividad económica empresarial que se pretende diferenciar atraviesa una serie a ámbitos del derecho, no fue una sola regulación la llamada a cambiar su fisonomía para adecuarse a la realidad de las EMT.
- Se define en la ley qué se entiende por EMT.
- Se crea una institucionalidad¹⁰ que si bien no fue concebida en el origen del proyecto, fue resultado del consenso parlamentario y vino a reforzar el rol del Ministerio de Economía.
- Se propone que cada nueva regulación que emane de los órganos de la administración distinga entre los distintos tipos de empresas de menor tamaño, además de ir siempre acompañado de un informe técnico que aclare los costos y beneficios que esa nueva regulación le significa a una empresa de menor tamaño.
- Unido a lo anterior, la ley busca incentivar la incorporación de criterios de transparencia¹¹, a través del establecimiento de

⁹ Objetivo general de proyecto de ley recogido en el mensaje del ejecutivo IV.1.- p. 15

¹⁰ "Artículo Tercero.- El Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción deberá impulsar el desarrollo de las empresas de menor tamaño y facilitarles la utilización de los instrumentos de fomento dispuestos por los órganos del Estado.

Le corresponderá a la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción generar coordinaciones para que, en conjunto con los ministerios sectoriales, se formulen las políticas y planes de fomento considerando las particularidades de las empresas de menor tamaño.

Asimismo, le corresponderá impulsar con sus servicios dependientes o relacionados una política general para la mejor orientación, coordinación y fomento del desarrollo de las empresas de menor tamaño, así como realizar un seguimiento de las respectivas políticas y programas y generar las condiciones para el acceso de estas empresas a fuentes útiles de información, contribuyendo a la mejor utilización de los instrumentos de fomento disponibles para ellas."

procedimientos especiales para la dictación de reglamentos y normas de carácter general. Así por ejemplo, los actos administrativos que creen o modifiquen reglamentos o normas de carácter general que impongan costos de cumplimiento a las empresas de menor tamaño, deberán contar, como antecedente para la decisión del organismo que lo dicte, con un informe técnico que, utilizando un análisis de costos y beneficios, se pronuncie sobre el impacto que la regulación prevista produzca sobre las empresas de menor tamaño. De esta forma y, previo a su dictación, estos actos serán sometidos a un período de información pública, el que se llevará a cabo mediante la publicación del proyecto de norma o reglamento, así como de los informes y antecedentes en que éste se funde, en el sitio Web, durante un plazo no menor a 15 días.

- El estatuto también contempla establecer normas de transparencia relativas a los criterios de fiscalización. Para los efectos de este trabajo entenderemos la fiscalización como el procedimiento administrativo en virtud del cual un funcionario público, de oficio o a petición de parte, controla la aplicación de las disposiciones legales vigentes; y, en materia laboral, adicionalmente las convencionales.¹² En nuestro país la fiscalización de las normas laborales está radicada en las Inspecciones del Trabajo. Estos organismos fiscalizadores han avanzado notablemente en la eficacia del cumplimiento de sus funciones, pero sin embargo el avance es menor en los componentes educacionales de la tarea fiscalizadora. “Ciertamente que las sanciones que se aplican obedecen a infracciones detectadas, pero ellas deben orientarse a estimular el cumplimiento conciente de las normas, y no sólo al temor de ser objeto de una nueva sanción. Normalmente, las multas o sanciones que las leyes establecen para una infracción tienen un monto mínimo y uno máximo, dentro de cuyos valores el fiscalizador selecciona, a su arbitrio, el monto de la multa o sanción a aplicar.”¹³ Los órganos fiscalizadores no generan mecanismos de publicidad de sus criterios al momento de fiscalizar. Esta falta de definición pública de los criterios, sumada a la ignorancia en el

¹¹ Se encuentra actualmente vigente la Ley N° 20.285 del 20 de Agosto de 2008, Sobre Acceso a la Información Pública.

¹² Concepto elaborado sobre la base de lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 18.575, en la Orden de Servicio Número 4 que Sistematiza y Actualiza Regulación De Procedimientos De Fiscalización Y Sus Efectos Jurídicos de la Dirección del Trabajo. Santiago, 12 de Junio de 2001. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/transparencia/Orden_SERVICIO_N_4_de_12-06-2001.doc>.

¹³ Mensaje del Proyecto de ley que fija normas especiales a las empresas de menor tamaño, p. 10.

- conocimiento de la ley de los fiscalizados, convierte al sistema de fiscalización en un ámbito de permanente conflicto. Es en este aspecto de la fiscalización donde se fortalece la práctica de transparentar los criterios utilizados por los fiscalizadores junto con la consideración del tamaño del sujeto fiscalizado, esto es, al momento de determinar si el sujeto fiscalizado amerita la aplicación de una multa y el monto mismo de ella. Ello no solo contribuye a difundir las normas a cumplir, sino que además reduce la potencial discrecionalidad en la práctica de la fiscalización (se conoce la norma y se conocen los márgenes sancionatorios, esto es, hasta donde puede llegar).
- Se crean normas especiales para fomentar y facilitar el cumplimiento sanitario, así por ejemplo, se consagran la:
 - Autodenuncia, que incentiva a las empresas a acercarse a la autoridad sanitaria para solicitar asistencia en el cumplimiento de alguna norma cuya verificación es parcial o nula por parte del regulado.
 - Régimen de Permiso Inmediato, en virtud del cual se establece un procedimiento bajo el cual la autoridad sanitaria tiene la facultad de otorgar autorizaciones en plazos breves, aplicables a actividades, que por su bajo riesgo sanitario, no requieren visita inspectiva por parte de la autoridad. Este procedimiento, (antes llamado Trámite Cero) se implementa a través de las Secretarías Regionales Ministeriales.
 - Se introducen modificaciones al Código del Trabajo, tendientes básicamente a definir expresamente a las empresas según el número de trabajadores con que cuenten, a establecer tramos de multa en relación al tamaño de la empresa multada y, por otro lado, normas que tienen por objeto, al igual que en materia sanitaria, fomentar y facilitar el cumplimiento de dicha normativa, por ejemplo, que cuando la infracción no importe riesgos para la salud o vida del trabajador se conceda un plazo máximo de 10 días para cumplir.
 - Se introduce una nueva regulación que pretende equilibrar las relaciones entre micro y pequeñas empresas cuando actúan como consumidores y sus proveedores de bienes y servicios, modificando además algunas disposiciones de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, para ajustar algunos aspectos de su aplicación a las micro y pequeñas empresas.
 - Crea un mecanismo de apoyo para las empresas en situación de insolvencia, que tiene por objetivo primario la reorganización de la empresa o, en caso que ello no sea posible, la formalización del cierre. Esto se complementa con varias modificaciones al Código de Comercio, Título IV, en lo que respecta a la liquidación sumaria en caso de quiebra de la empresa y la Ley de Quiebras, N° 18.185.

5.- Efectos Esperados de la Regulación. Si bien la regulación produce efectos sólo en el territorio del Estado donde se ha expresado soberanamente esa voluntad, es necesario señalar que nada de lo acontezca hoy en un Estado es indiferente al concierto internacional, más aún teniendo presente que Chile es una de las economías más abiertas del mundo. Por lo anterior se hace necesario distinguir:

5.1 Efectos Nacionales. Se espera incrementar los niveles de cumplimiento normativo, de formalización empresarial. Lo previsible en un escenario así es que se fortalezcan las condiciones de igualdad de oportunidades para ejercer la libertad de empresa, con especial atención al tamaño y a la competitividad del sujeto que se busca reconocer y regular en forma especial. Además de ello, se busca promover condiciones equitativas en relación a las grandes empresas y posibilitar emprendimientos que se prolonguen en el tiempo, con efectos directos sobre la consolidación de puestos de trabajo, la equidad social y la participación ciudadana. En la medida que las EMT cumplan las reglas (que sean diseñadas a su medida), incrementarán su productividad y serán más competitivas, aumentarán su capacidad de generar valor agregado y de producir bienes y servicios con una evidente ganancia para toda la sociedad chilena.

5.2 Efectos Internacionales. Existe un segundo elemento influyente en la motivación del gobierno para promover con entusiasmo esta iniciativa. Como indicamos en la introducción de este punto, nuestro país es, según la Heritage Foundation¹⁴, uno de los países con la economía más abierta del mundo¹⁵. En esa línea se ha concentrado el esfuerzo gubernamental para incorporarse con coherencia y armonía a este concierto. Un factor determinante entonces, en este punto, ha sido la invitación que en mayo de 2007 ha recibido nuestro país para formar parte del selecto grupo de buenas prácticas regulatorias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

¹⁴ Se trata de uno de los principales *Think Thanks* o centros de estudios de los Estados Unidos de América.

¹⁵ Chile se ubica en el puesto 8 de su ranking, quedando por debajo de economías como Hong Kong y Singapur, que ocupan los dos primeros puestos del ranking, además de Irlanda, Australia, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá.[en línea] <<http://asiapacifico.bcn.cl/noticias/economia-y-negocios/una-economia-abierta-al-mundo>> [Consulta 22 de Agosto de 2008].

(OCDE), que conforman las economías que en su conjunto representan el 80% del producto interno bruto mundial”.¹⁶

Si se tiene presente que para los países de la OCDE, como así lo han declarado, las pequeñas y medianas empresas son la fuente más importante de captación de mano de obra y una herramienta fundamental de movilidad social y mejor distribución del ingreso, es lógico que Chile empiece a trabajar en esos estándares a objeto de aprobar el “examen final”, es decir, que despliegue políticas con el firme propósito de cumplir los requisitos impuestos por la importante Organización de la que pretende formar parte.

Tanta es la importancia de este tema para este organismo (y ahora para nuestro país) que incluso existen dos instrumentos emanados de él y que se han encargado de abordar el tema del desarrollo y promoción de las pequeñas y medianas empresas:

- El Tratado de Bolonia (Bolonia, Italia, 2000): 48 países firmaron este tratado sobre las políticas para las pequeñas y medianas empresas.
- La Declaración Ministerial de Estambul (Estambul, Turquía, 2004): en el que 72 países establecieron las vías para impulsar la competitividad de las pequeñas empresas en una economía globalizada.

Sección II

Análisis de la Ley N° 20.416 que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño

6.- Proyecto de Ley que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño. Este proyecto fue ingresado al Parlamento el 15 de enero de 2008¹⁷. Se insertó en el marco del Compromiso “Chile Emprende Contigo” que tiene como ejes fundamentales generar condiciones de igualdad de oportunidades para las EMT, mejores condiciones de financiamiento, capacitación, emprendimiento e innovación, permitir el acceso y perfeccionamiento del mercado y facilitar la rehabilitación de empresarios con problemas en su crédito.¹⁸

¹⁶ Organization for Economic Cooperation and Development. Sus miembros son: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japon, Corea, Luxemburgo, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República Eslovaca, España, Suiza, Suecia, Turquía, Inglaterra y Estados Unidos.

¹⁷ Boletín N° 5724-26.

¹⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA, “Documento de Trabajo, Estado de Avance Compromiso Chile Emprende Contigo”, 2008.

Luego de varios meses de audiencias públicas en que se escucharon a los más diversos grupos de interés, el 2 de julio de 2008 se aprobó la idea de legislar y se inició el estudio particular de cada uno de los artículos que conforman el proyecto.

A continuación desarrollaremos los principales aspectos y discusiones en torno a este “estatuto” para la EMT.

7.- Objeto de la Ley. El artículo primero indica que,

“La presente ley tiene por objeto 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 su tamaño y grado de desarrollo”.

Este propósito concuerda con el panorama presentado en el trabajo de tesis del que este artículo es parte y pone énfasis en que su propósito es la adecuación y creación de normas regulatorias.

Sin embargo, esta reflexión no estaría completa si manifestamos conformidad con este objetivo. En principio, aquella definición no es satisfactoria. La mejora regulatoria debe ser entendida como el medio para un fin, no como un fin en sí mismo, por lo tanto aquella definición de objetivos debió ser perfeccionada con la incorporación de otros elementos que den cuenta de los resultados económicos y sociales que dichas mejoras deben significar.

Las autoridades y parlamentarios se ha hecho cargo de este tema porque le atribuye valor a las EMT por el impacto en la productividad, en los índices de empleo, en la competitividad, en la generación de innovación; en consecuencia, porque la EMT impacta de manera transversal el desarrollo económico nacional.

Un defecto patente, entonces, de esa definición de objetivos es utilizar la palabra “desenvolvimiento” cuando sabemos que las EMT se encuentran insertas en un contexto económico y social determinado, al que ni siquiera se hace referencia.

8.- Concepto de Empresa de Menor Tamaño Basado en Parámetros de Segmentación. La ley consagró la siguiente definición de EMT,

“Artículo Segundo.- Sujeto. Para los efectos de esta ley, se entenderá por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas.

Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario.

El valor de los ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro señalado en el inciso anterior se refiere al monto total de éstos, para el año calendario anterior, descontado el valor correspondiente al impuesto al valor agregado y a los impuestos específicos que pudieren aplicarse.

Si la empresa hubiere iniciado actividades el año calendario anterior, los límites a que se refieren los incisos precedentes se establecerán considerando la proporción de ingresos que representen los meses en que el contribuyente haya desarrollado actividades.

Para los efectos de la determinación de los ingresos, las fracciones de meses se considerarán como meses completos.

Dentro del rango máximo de 100.000 unidades de fomento establecido en el inciso segundo, el Presidente de la República, mediante decreto supremo del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción y previa consulta o a requerimiento del Consejo Consultivo de la Empresa de Menor Tamaño, podrá modificar la clasificación de las Empresas de Menor Tamaño o establecer factores o indicadores adicionales para su categorización.

No podrán ser clasificadas como empresas de menor tamaño aquellas que tengan por giro o actividad cualquiera de las descritas en las letras d) y e) de los números 1° y 2° del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta; aquellas que realicen negocios inmobiliarios o actividades financieras, salvo las necesarias para el desarrollo de su actividad principal, o aquellas que posean o exploten a cualquier título derechos sociales o acciones de sociedades o participaciones en contratos de asociación o cuentas en participación, siempre que, en todos estos casos, los ingresos provenientes de las referidas actividades en conjunto superen en el año comercial anterior un 35% de los ingresos de dicho período.

Tampoco podrán ser clasificadas como tales aquellas empresas en cuyo capital pagado participen, en más de un 30%, sociedades cuyas acciones tengan cotización bursátil o empresas filiales de éstas.

Las clasificaciones de empresas contenidas en otras normas legales se mantendrán vigentes para los efectos señalados en los cuerpos normativos que las establecen.

Asimismo, para efectos de focalización y creación de instrumentos y programas de apoyo a las empresas de menor tamaño, los organismos públicos encargados de su diseño podrán utilizar otros factores o indicadores para determinar las categorías de empresas que puedan acceder a tales instrumentos.”

El concepto de EMT es un concepto global, genérico, que comprende en su definición a las Micro, Pequeñas y Medianas empresas. No estamos en presencia de una definición propiamente tal, sino más bien frente a una caracterización de qué es lo que debemos entender cuando se hable empresa de menor tamaño. Luego, el mismo primer inciso reconoce legalmente una clasificación que hasta la fecha ha sido arbitraria y que se define en base a un criterio de ventas.

El inciso siguiente genera una variante que es de enorme relevancia jurídica al indicar que: *“Las clasificaciones de empresas contenidas en otras normas legales, se mantendrán vigentes para los efectos señalados en las disposiciones respectivas”*, cuestión que nos permite concluir que la definición EMT, hasta aquí, no será única, y dependerá del ordenamiento jurídico que se le está aplicando, así por ejemplo, si lo que estamos evaluando es de índole tributario, la definición aplicable será la establecida en base a sus ventas; y si lo observado concierne al plano laboral, la definición aplicable será aquella que atienda al número de trabajadores.

El Centro de Investigación de Políticas Públicas para la Pyme (CIPYME), ha señalado en reiteradas oportunidades que es necesario introducir mejoras al concepto, pues señalan que *“al introducir mayor información al elemento discriminador se están eliminando fuentes de distorsión en la aplicación de políticas públicas y en la asignación de recursos”*, esto en el contexto de la asignación de recursos públicos, básicamente de fomento.¹⁹

CIPYME postula que la clasificación debe erigirse en base a un criterio *“multivariable”*, administrado por el Servicio de Impuesto Internos, que conjuge elementos tales como ventas, trabajadores, capital, rentabilidad, activos, variables sectoriales, etc. Para explicar su propuesta, indica que *“...aunque el modelo de segmentación espera ser universal siempre presenta casos especiales que deben ser estudiados en otra instancia, por lo tanto definimos por inclusión y exclusión qué se entiende por empresa EMT. Inclusión: Se requiere que la nueva segmentación incluya a las EMT de todas las regiones y de todas las ramas o sectores económicos. Exclusión: Se extraen secuencialmente las empresas con las siguientes características:*

¹⁹ CIPYME, *Una Nueva Segmentación De Empresas Para Mejorar La Focalización De Los Recursos Públicos De Fomento Productivo*, Santiago, 2008, 65 pp.

- Sin empleo y ventas superiores a MM\$ 500 al año. Se separan del conjunto de EMT estas empresas porque para vender MM\$ 500 o más se necesitaría al menos una persona a cargo, pudiendo tener ó no activos. Si una empresa MM\$ 500 y no tiene empleo, se supone vinculada a otras empresas.
- Sin empleo y activos superiores a MM\$ 500. Posteriormente se marcan las empresas que no tienen empleo y tienen activos superiores a MM\$ 500 cualquiera sean sus ventas. Por la misma razón anterior cabe preguntarse cómo se administran estos activos sin al menos 1 empleo al año.
- Con las dos restricciones anteriores se marcan aquellas empresas que podrían ser las llamadas nominales o que no son una unidad económica productiva sino una entelequia jurídica.
- Con empleo mayor a 500 empleos anuales. Marcamos todas las empresas que tienen más de empleos 500 empleos anuales, cualquiera sean sus ventas y activos. Pues este tamaño de empleo está muy lejos de la media PyME.
- Ventas superiores a MM\$ 1.700. Esta restricción es modificable y dependerá del crecimiento económico del país²⁰.

Esta autora no comparte en absoluto la postura planteada por este centro de investigación. En este planteamiento hay una completa disociación entre las visiones económicas y jurídicas que inciden ciertamente sobre el tema.

Admitir un modelo de esta naturaleza, separado de consideraciones estrictamente legales, es un equívoco, pues se renuncia a la posibilidad que el regulador sectorial establezca regímenes especiales en aquellos casos en que la situación, la realidad del sector, o en este caso de la empresa, así lo ameriten.

Precisamente la garantía de la ley, como declaración valoricamente neutra, es que se aplicará caso a caso, sin perder precisamente su vocación de marco de general aplicación.

Además de lo anterior, esta fórmula es extremadamente compleja, cuestión que no colabora en el esclarecimiento del difícil escenario que hoy enfrentan las EMT.

CIPYME no aclara la naturaleza jurídica que tendría esta propuesta. Para que ella sea recogida por un órgano de la administración del Estado, como el Servicio de Impuestos Internos, por ejemplo, debe haber una norma general y

²⁰ CIPYME, Op. Cit., p. 19.

obligatoria que así lo indique. Si esta fórmula se estableciese por ley se elimina toda la flexibilidad que este centro le atribuye a su propuesta, de manera que no se podrían encontrar más segmentos que los que la misma norma dispone y en relación con las específicas variables recogidas por la ley. Ahora bien, si la propuesta fuera recogida por una norma de inferior jerarquía, la autoridad sería objeto de constantes presiones por parte de grupos de interés, tendientes a obtener la reforma de la norma, adicionando o eliminando variables, las que pueden ser todas las que admitamos que pueden influir en la gestión empresarial.

Por otro lado, el aumento de información disponible acerca del giro y variables sensibles de una determinada empresa no necesariamente son un valor para el empresario o la empresa, pues bien puede ser objeto de discriminaciones arbitrarias si la autoridad encargada tiene en consideración variables ajenas a las debidas.

Además de las consideraciones anteriores, situar la responsabilidad de llevar adelante una tarea como ésta en el Servicio de Impuestos Internos es poco recomendable porque estaríamos asignándole funciones totalmente distintas a las que concibió el legislador cuando creó un servicio como éste, pues se estaría haciendo crecer inorgánicamente un servicio que en la práctica se transformaría en un ente todopoderoso al manejar tan holgadamente toda esa información empresarial.

Como comentario final me resta señalar que la propuesta de CIPYME no responde con satisfacción a la pretensión de amplitud que ella declara, por cuanto, para la única materia que podría tener algún grado de aceptación es para la focalización de instrumentos de fomento y dejemos en claro desde ya que no todas las EMT acceden o pretenden acceder a ellos. De hecho, la gran mayoría no lo hacen nunca por lo que esta propuesta pierde toda utilidad.

Como es posible apreciar, las posturas son extremas. En este artículo me inclino claramente por la contenida en la ley, ya que dicha definición es flexible, pues la misma norma en su inciso penúltimo indica que *“Las clasificaciones de empresas contenidas en otras normas legales, se mantendrán vigentes para los efectos señalados en las disposiciones respectivas.”* En mi opinión, esta fórmula permite al legislador adecuar de mejor manera la aplicación de la normativa respectiva, no restándole eficacia al derecho, sino por el contrario, plena oportunidad y pertinencia a los diferentes tipos de regulaciones, que, por definición, tienen lógicas y principios propios. Por otro lado, no mezcla variables y es posible apreciar de mejor manera la dificultad o inconveniente que se ha pretendido regular o corregir.

Esta visión, estimamos, es más amplia y coherente que la anterior. En todo el curso de este artículo hemos sostenido la necesidad de formular mejoras regulatorias a la legislación que tiene implicancia en la actividad empresarial. Hechas éstas, debe ser la EMT quien se ajuste y conjugue sus recursos a las nuevas reglas del juego, en razón de sus posibilidades y desafíos.

9.- Buenas Prácticas Regulatorias. Son esenciales para el funcionamiento de la economía y se derivan básicamente de experiencias o conocimientos desplegados por otros países, sustentados en recomendaciones de expertos y que tienen en vista generar todas las condiciones para el cumplimiento de los objetivos que una política se plantea en un lugar y momento determinado.

Una mala regulación puede imponer costos innecesarios al sujeto regulado. Las buenas prácticas regulatorias persiguen eliminar o al menos disminuir aquellos obstáculos, brechas o inequidades que entorpecen la competencia, la innovación y que, en definitiva, repercuten en el crecimiento de un país

Tal como indicáramos en párrafos anteriores, la integración de Chile a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, obligó a hacer suyas ciertas prácticas, probadamente exitosas en dichas economías y que, como hemos hecho evidente, se están haciendo espacio en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Un gran ejemplo de ellas es la que se consagró en el artículo quinto de la ley que indica:

“Artículo Quinto.- Procedimiento para la Dictación de Reglamentos y Normas de Carácter General. Todos los ministerios u organismos que dicten o modifiquen normas jurídicas generales que afecten a empresas de menor tamaño, con excepción de las ordenanzas municipales y de los dictámenes que puedan emitir los órganos de la Administración del Estado, deberán mantener a disposición permanente del público los antecedentes preparatorios necesarios que estimen pertinentes para su formulación, en sus sitios electrónicos, en los términos previstos en el artículo 7° de la ley N° 20.285.

Los antecedentes deben contener una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las empresas de menor tamaño y podrán ser elaborados por la propia Administración.

Las normas jurídicas generales indicadas en el inciso anterior serán informadas al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, previamente a su dictación o modificación. Dicho Ministerio deberá publicar en su página web todas las normas vigentes sobre empresas de menor tamaño, sin perjuicio de las obligaciones de publicidad propias de cada órgano de la Administración del Estado.

Con todo, el incumplimiento de las obligaciones referidas en los incisos precedentes no afectará en caso alguno la validez del acto.”.

Como lo indicaba el mensaje del proyecto de ley, el objetivo de esta regulación es que la creación o modificación de ciertas normas jurídicas generales, se realice a través de un proceso estándar, en el que se estime, previamente, el impacto social y económico que la nueva regulación generará en las Empresas de Menor Tamaño.

A través de esta norma se reconoce una vez más que las EMT son un asunto de naturaleza transversal a la gestión del Estado cuando indica que, *“Todos los ministerios u organismos que dicten o modifiquen normas jurídicas generales que afecten a empresas de menor tamaño”*. Esto da cuenta de lo que hasta aquí hemos señalado; cuando hablamos de empresas, por definición hablamos de EMT (ellas son el 99%), por lo tanto, si la regulación esta llamada a influir en algún aspecto de índole empresarial es altamente probable que impacte en las EMT.

Para implementar este artículo fue necesaria la dictación de un Reglamento, el que se encuentra recogido en el D.S. Nº 80 del 26 de febrero de 2010 que entre varios otros aspectos, define cuales son los organismos obligados a hacer esta evaluación de impacto regulatorio, qué se entiende por norma jurídica general, cuando se entiende que sus disposiciones afectan a las EMT, plazos, mecanismos de publicidad, etc.

10.- El Informe Regulatorio y sus Ventajas. La norma comentada en el punto anterior agrega un elemento adicional cuando ordena que:

“(…)deberán mantener a disposición permanente del público los antecedentes preparatorios necesarios que estimen pertinentes para su formulación, en sus sitios electrónicos, en los términos previstos en el artículo 7º de la ley Nº 20.285.

Los antecedentes deben contener una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las empresas de menor tamaño y podrán ser elaborados por la propia Administración”.

Ese informe regulatorio tiene por objeto que las regulaciones que se dicten y tengan incidencia en la EMT, se dicten en coherencia con criterios de costo efectividad, en armonía con otros cuerpos legales, y sobre todo en armonía con los fines perseguidos por la regulación (no basta regular por regular).

Este ejercicio normativo, por definición, busca incorporar practicas de “calidad regulatoria”, pero quizás la gran novedad e innovación de nuestro sistema es que aporta en “transparencia regulatoria” al proceso de formación normativa, permite

juzgar la propuesta ex ante por la contraparte frente a la norma (Ministerio de Economía respecto de todos los demás Ministerios, asociaciones gremiales, centros de pensamiento, particulares, etc) y, además, una evaluación ex post por todos los sujetos interesados en su corrección o adecuación.

Esta norma permitirá la generación de discusiones serias, sobre la base de antecedentes concretos, no antojadizos o acomodaticios, como ocurre hoy en día. El resultado del análisis, el “costo de cumplimiento versus beneficios esperables” de la norma permitirá avanzar, como ya he señalado en normativas oportunas y pertinentes.

Para materializar esta obligación, el Ministerio de Economía ha elaborado un formulario de Evaluación de Impacto Regulatorio que está disponible (descargable desde su sitio web) en donde el regulador hace una declaración/evaluación de impacto regulatorio; allí declara si la regulación distingue o no por tamaño de empresas, si es de alcance nacional o regional, si modifica, crea o deroga normativa existente, si su cumplimiento acarrea costos de cumplimiento y cuáles, si es posible detectar otros efectos indirectos o externalidades, etc.

Los obligados deben subir este formulario tan pronto como tengan el borrador de la regulación, la que debe ser remitida al Ministerio de Economía con al menos 15 días hábiles con anterioridad a su dictación. Remitido el borrador se hace el análisis de su texto con la evaluación de impacto publicada en el sitio web del organismo respectivo.

Aunque el sentido de esta evaluación es contar con una evaluación ex ante, su declaración y disponibilidad permitirá sin duda hacer también una evaluación ex post (al regulador y los terceros), pues bien puede ocurrir que los efectos esperados no se produzcan en la forma esperada o produzcan consecuencias no previstas en su diseño.

En cuanto a su carácter vinculante, estos informes no lo tienen. La virtud y el defecto de esta norma está en su inciso final cuando dispone “*Con todo, el incumplimiento de las obligaciones referidas en los incisos precedentes no afectará en caso alguno la validez del acto*”. Si bien esta norma no acarrea la nulidad del acto administrativo (no se cuestiona su calidad) y, en consecuencia, no acarrea mas burocracia (no crea un nuevo trámite en la formación de dichas normas jurídicas generales), si trae aparejada una consecuencia jurídica por transparencia pública, esto es, si no se cumple con la obligación de mantenerlo a disposición permanente del público en los términos del artículo 7º de la Ley 20.285, lo que procede es aplicar las sanciones de dicha ley.

11.- Transparencia en la Fiscalización. Esta norma incorpora un criterio para dar transparencia y predictibilidad a la actuación de los órganos del Estado revestidos de facultades de fiscalización. El artículo sexto indica que:

“Transparencia en Procedimientos de Fiscalización. Los servicios públicos que realicen procedimientos de fiscalización a empresas de menor tamaño, deberán mantener publicados en sus sitios web institucionales, y disponibles al público en sus oficinas de atención ciudadana, los manuales o resoluciones de carácter interno en los que consten las instrucciones relativas a los procedimientos de fiscalización establecidos para el cumplimiento de su función, así como los criterios establecidos por la autoridad correspondiente que guían a sus funcionarios y fiscalizadores en los actos de inspección y de aplicación de multas y sanciones.

El incumplimiento de dichas normas por los funcionarios fiscalizadores, y la interpretación extensiva o abusiva de la ley o de las disposiciones de los manuales o resoluciones a que se refiere el inciso anterior, darán lugar a la nulidad de derecho público del acto fiscalizador, además de las responsabilidades administrativas que correspondan.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso primero, serán aplicables a la obligación de publicidad que establece el presente artículo las causales de secreto o reserva contempladas en el artículo 21 de la ley N° 20.285.”

Esta disposición no sólo contribuye a difundir las normas a cumplir, sino que además reduce la potencial discrecionalidad en la práctica de la fiscalización. Adicionalmente, en este proyecto se propone que las instituciones facultadas para fiscalizar a las EMT y con atribuciones para aplicar multas, deban poner a disposición del público general un documento detallado informando sobre los criterios usados por los fiscalizadores en el acto mismo de la inspección, la disposición que se infringe y el criterio para determinar el monto de la multa, en su caso.

Esta materia también ha sido incluida con especial atención a lo recomendado por la OECD.

12.- Otorgamiento de Permisos Provisorios de Funcionamiento y Patente Municipal Provisoria. Esta materia es especialmente relevante para aquellas empresas de capital tan exiguo que no tienen o no han tenido en vista formalizarse, de ahí también su importancia. Para su mejor explicación esta norma será objeto de estudio por separado:

12.1 Otorgamiento de Permisos Provisorios de Funcionamiento.

La ley faculta a los órganos públicos encargados de otorgar permisos de funcionamiento, para que lo hagan en carácter de provisorio, en

aquellos casos en que el menor riesgo de la actividad de que se trate así lo permita.

De esta forma en el artículo 7º del proyecto original, se estipula que:

“Artículo Séptimo.- Otorgamiento de Permisos Provisorios de Funcionamiento. Los servicios públicos que en el ejercicio de sus funciones deban entregar permisos de funcionamiento para desarrollar actividades empresariales podrán, dentro de sus competencias legales, otorgar permisos provisorios a las empresas de menor tamaño que por primera vez lo soliciten. En el caso que la empresa no registre ingresos por ventas y servicios u otras actividades del giro durante el año calendario anterior a la fecha de la solicitud, se entenderá que la empresa es de menor tamaño si su capital efectivo, definido por la Ley sobre Impuesto a la Renta, no supera las 5.000 unidades de fomento.

En el caso de aquellas empresas que no estén obligadas a declarar capital efectivo conforme a las normas legales vigentes al momento de la solicitud, el capital se determinará según el que haya sido efectivamente enterado al momento de la declaración de inicio de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, el que se acreditará con la respectiva declaración presentada.

Estos permisos se otorgarán por una sola vez, tendrán una vigencia no superior a un año, y estarán sujetos al cumplimiento de las condiciones generales y objetivas que para cada caso indique la autoridad respectiva. Con todo, los señalados permisos provisorios deberán otorgarse dentro del plazo de 60 días contado desde que el solicitante presentare los antecedentes requeridos por el servicio público respectivo. Este plazo podrá prorrogarse por una única vez hasta por 15 días adicionales.”.

Los requisitos que impone esta norma son dos, a saber: que la empresa lo solicite por primera vez, y que su capital declarado no exceda las 5.000 Unidades de Fomento.

Las condiciones bajo las cuales se confiere la autorización son: que se otorga por una sola vez, que tendrá una vigencia de un año, tiempo que es considerado suficiente para lograr el cumplimiento de los requisitos que ameritaron la autorización provisoriosa y las demás condiciones establecidas por la autoridad.

Esta norma no es imperativa, no obliga a los servicios u órganos públicos a entregar la autorización solicitada, de ahí su virtud y su defecto. Virtud por cuanto en aquellas actividades de bajo riesgo, la entrega de estas autorizaciones acelera y destraba enormemente el emprendimiento, pero defecto, porque su ejercicio puede traducirse en

actuaciones arbitrarias. Frente a una misma situación de hecho la autoridad podría actuar con criterios disímiles.

Lo recomendable en casos como éstos sería asociar la dictación de un reglamento que establezca parámetros objetivos en virtud de los cuales se pueda conferir esta autorización provisoria de funcionamiento y así eliminar cualquier atisbo de arbitrariedad.

12.2 Patente Municipal Provisoria. La ley, en su artículo duodécimo, establece una serie de modificaciones a otros cuerpos legales, entre ellos al artículo 26 del Decreto Ley N° 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales, agregando nuevos incisos:

“Además, las municipalidades podrán otorgar patente provisoria a las empresas que lo soliciten por primera vez, que acrediten que su capital efectivo no exceda de 5.000 unidades de fomento, y que acrediten el cumplimiento de los requisitos sanitarios mediante permisos provisorios entregados por la autoridad sanitaria, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de emplazamiento según las normas sobre zonificación del respectivo Plan Regulador.

En los casos del inciso anterior, las municipalidades podrán eximir el pago de las patentes provisorias u otorgar plazos para el pago de las mismas, de hasta doce cuotas mensuales reajustables. Las condiciones para otorgar exenciones o facilidades de pago de patentes provisorias se definirán a través de ordenanzas, las que en ningún caso podrán establecer diferencias arbitrarias entre beneficiarios que desarrollen la misma actividad económica o que participen en el mismo sector o zona geográfica.

La exención corresponderá al año que dure la patente provisoria.”

La legislación vigente en esta materia (D.L. N° 3.063), establece que la Municipalidad estará obligada a otorgar la patente respectiva, sin perjuicio de las limitaciones relativas a la zonificación comercial o industrial que contemplen las respectivas ordenanzas municipales y a las “autorizaciones que previamente deben otorgar en ciertos casos las autoridades sanitarias u otras que contemplen las leyes”. En la práctica, muchos municipios del país entregan patentes municipales “provisorias”, sin que estas autorizaciones estén reconocidas por la ley.

El proyecto de ley busca corregir estas prácticas, facultando legalmente a las municipales para entregar estas patentes y, como paso previo y según se explicó, darles la misma atribución al resto de los órganos o

servicios públicos encargados de autorizaciones preliminares y habilitantes de esos permisos municipales.

En vista de lo anterior, el artículo 15° del Código Sanitario estaría parcialmente modificado por la norma propuesta por este proyecto. Este artículo dispone que *“las Municipalidades de la República no podrán otorgar patentes ni permisos definitivos para el funcionamiento de locales o para el ejercicio de determinadas actividades que requieran de autorización del Servicio Nacional de Salud, sin que previamente se les acredite haberse dado cumplimiento a tal requisito.*

Las patentes o permisos concedidos por las Municipalidades con omisión del requisito establecido en el inciso precedente serán nulas y las Municipalidades que las hayan otorgado deberán proceder a cancelarlas.” El Código Sanitario es una ley marco, por lo tanto, general, que se vería confrontada con una norma especial y posterior, la que en consecuencia, debería prevalecer en aquella parte que diga relación con EMT.

Esta norma tiene varias virtudes, por un lado facilita la instalación y puesta en marcha de las EMT, por cuanto evita que se incurra en gastos que no son prioritarios, sobre todo teniendo presente que la EMT aún no genera ninguna clase ingresos y por otro, impacta positivamente en la productividad nacional porque genera menores tiempos de puesta en funcionamiento y, finalmente, provee a las municipalidades de atribuciones para incentivar la instalación de empresas en sus comunas.

Finalmente, establece, también, como facultad municipal, la posibilidad de otorgar plazos especiales para el pago de las patentes o derechamente eximir, de modo general, el pago de ese canon. El plazo para el pago nos parece una buena medida, sobre todo porque algunos municipios ya la implementan a través de las respectivas ordenanzas.

La exención no podrá ser arbitraria, de manera que habiendo varios sujetos en la misma situación de hecho frente a la autoridad municipal, la exención deberá extenderse a todos ellos.

13.- Regulación Especial en Materia Sanitaria. La ley establece en el artículo octavo, los siguientes dos numerales que contienen las siguientes disposiciones:

13.1 Autodenuncia. El Código Sanitario no contempla una norma de esta naturaleza. Salvo en materia en penal, no es posible encontrar en la legislación alguna norma que genere un resultado positivo a raíz de

la propia denuncia del infractor. Como ejemplo en la misma línea podría mencionarse la asistencia al cumplimiento para normas de higiene y seguridad, en caso que la inspección del trabajo curse infracciones por esas mismas materias.²¹

Con el ánimo de promover un sistema de fiscalización orientador, más que inquisitivo, se elaboró un mecanismo que aliente con confianza hacia la formalidad, quitando el énfasis en los aspectos punitivos y reforzando aquellos que buscan tener una masa empresarial capacitada y formal. Se busca generar una relación cooperativa entre el ente regulado (EMT) y el ente regulador, creando una gestión del riesgo, basada en principios de responsabilidad, confianza y transparencia, en esa virtud la norma en comento dispone:

“Artículo Octavo.- Normas sanitarias. Establécense las siguientes normas especiales de orden sanitario:

1) Declaración voluntaria de incumplimiento. El titular o representante legal de una empresa de menor tamaño, que cuente con autorización sanitaria o informe sanitario favorable, podrá declarar voluntariamente a la autoridad sanitaria competente, el incumplimiento de una o algunas de las obligaciones contempladas en el Código Sanitario o sus reglamentos.

La autoridad sólo considerará como declaración voluntaria de incumplimiento la primera infracción de una naturaleza determinada cometida por la empresa de menor tamaño.

La declaración voluntaria de incumplimiento que cumpla con los requisitos establecidos en el inciso anterior, obligará a la autoridad a eximir de la aplicación de las multas respectivas.

Sin embargo, en caso de que se trate de una infracción cuyo supuesto de hecho pueda causar riesgo grave determinado de acuerdo a la normativa vigente, se podrá rebajar hasta en un 75% la cuantía de la multa o en un grado, nivel o rango la sanción establecida en la ley.

No obstante, en los casos establecidos en los dos incisos anteriores, la autoridad fijará un plazo razonable para subsanar las infracciones informadas, salvo que el riesgo grave lo sea para la salud o seguridad de las personas.”.

Esta norma faculta a la autoridad sanitaria para eximir a la EMT del pago de la multa por la infracción en la que incurrió y por la que se autodenunció, siempre que la empresa cumpla con los requisitos que la norma impone, a saber tres:

²¹ Mecanismo introducido el año 2006 por la Ley N° 20.123, sobre Subcontratación y Servicios Transitorios, del Ministerio del Trabajo.

- EMT con informe o autorización sanitaria favorable,
- Declaración voluntaria de un incumplimiento sanitario y,
- Debe tratarse de la primera infracción de una materia determinada.

Es posible entonces que una EMT se autodenuncie varias veces y proceda la aplicación de esta norma, la hipótesis así lo permite al señalar “*la autoridad sólo considerará como autodenuncia la primera infracción de una naturaleza determinada*”.

Sin perjuicio de lo anterior, esta norma establece una excepción para aquellos casos en que el supuesto denunciado suponga un “riesgo grave”, caso en el cual sólo se podrá rebajar un 50% el monto de la multa por la infracción autodenunciada.

En el ante proyecto de ley se discutió acerca del concepto de riesgo grave (recogido por el artículo 36 del Código Sanitario), argumentando los representantes del Ministerio de Salud que se trataba de una categorización ampliamente usada por su sector, sin embargo y con ocasión de este artículo, indagamos sobre su concepto y contenido, sin resultados exitosos. Esta situación es delicada, pues deja espacio al arbitrio y no resuelve satisfactoriamente la situación, por cuanto es aventurado entregar a la facultad de los fiscalizadores sanitarios la calificación de “riesgo grave”. Sería adecuado entonces, generar un reglamento para la aplicación de este procedimiento de autodenuncia.

13.2 Régimen de Permiso Inmediato. Tal como se expusiera en los puntos anteriores, la autoridad sanitaria es gravitante en estas materias, por lo que cualquier mejora en esta etapa es capaz de generar una corrección de todo el proceso de creación, apertura o iniciación de empresas.

Actualmente, el D.F.L. N° 1 de 1990²² establece, como regla general a nivel nacional, un procedimiento administrativo en el que la autoridad sanitaria evacua informes o autorizaciones sanitarias, dependiendo del riesgo de la actividad de que se trate. Los plazos de entrega de autorizaciones varían, pero, por regla general, ellos exceden los 30 días.

²² Chile. Ministerio de Salud. 1989. Decreto con Fuerza de Ley que Determina Materias que requieren Autorización Sanitaria Expresa. Publicado en el Diario Oficial el 21 de Febrero de 1990.

Pero, además del procedimiento anterior, la autoridad sanitaria de la Región Metropolitana venía desarrollando desde el año 2001, a través de un instructivo, un procedimiento que funciona en 1 hora, para todas aquellas actividades que generen bajo riesgo sanitario o ambiental. Este mecanismo simplificado, denominado “Trámite Cero”, permitía que las empresas que se dediquen a explotar las actividades mencionadas la Circular N° 114 del Ministerio de Salud de 23 de julio de 1981, a través de una declaración jurada y el respectivo pago del arancel, accedan a la autorización sanitaria de funcionamiento.

Como esta medida resultó muy exitosa, pues tuvo escasos márgenes de incumplimiento, el ejecutivo promovió su incorporación en esta ley con el fin de dotarla de cobertura nacional y evitar así que esta política dependa de la autoridad de turno. El numeral segundo del artículo octavo señala:

“2) Régimen de Permiso Inmediato. Las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud deberán proceder al otorgamiento de autorizaciones o permisos sanitarios a las micro-empresas cuyas actividades no presenten un riesgo grave para la salud o seguridad de las personas o que deban someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, conforme a los artículos 8° y siguientes de la ley N° 19.300, en un procedimiento breve, que sólo contemple la presentación de la solicitud, una declaración jurada simple del titular y la acreditación del pago de los derechos respectivos.

En el caso de empresas que no hayan tenido ingresos por ventas y servicios u otras actividades del giro, durante el año calendario anterior al momento de presentar la solicitud para obtener una autorización o permiso sanitario de los señalados en el inciso anterior, se aplicará esta norma si su capital efectivo, definido por la Ley sobre Impuesto a la Renta, no supera 5.000 unidades de fomento.

En el caso de aquellas empresas que no estén obligadas a declarar capital efectivo conforme a las normas legales vigentes al momento de la solicitud, el capital se determinará según el que haya sido efectivamente enterado al momento de la declaración de inicio de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, el que se acreditará con la respectiva declaración presentada.

La declaración jurada deberá contener la identificación precisa de las actividades que desarrollará, el compromiso de llevarlas a cabo de manera fiel y con respeto en su desempeño a las normas legales y reglamentarias que la regulan.

El mismo procedimiento se podrá aplicar para las autorizaciones o permisos de empresas cuyas actividades cumplan las condiciones señaladas en este número, atendida la envergadura del solicitante, de conformidad a lo que se establezca reglamentariamente”.

Esta norma pretende imprimirle dinámica a la creación de empresas en todo el país, básicamente a través de un procedimiento expedito y simplificado que opera sobre la base de la buena fe, en la declaración que hace el solicitante de la actividad que desempeñará. Establece una regulación que contempla elementos coherentes, por un lado, tamaño y, por otro, enfoque de riesgo. Además del mérito anterior apoya la formalización y desarrollo sustentable de las actividades económicas allí mencionadas.

A la fecha, este procedimiento se encuentra regulado por el Ministerio de Salud, pero fueron excluidos de su trámite todas aquellas solicitudes que dijieran relación con venta o elaboración de alimentos.

14.- La Empresa de Menor Tamaño en su Rol de Consumidora. La ley consagra en su artículo noveno, siete numerales a cargo de este tema.

Como señala el mensaje de este proyecto, se introduce una nueva regulación que pretende equilibrar las relaciones entre micro y pequeñas empresas²³ cuando éstas actúan como consumidores, esto es, como consumidores finales de bienes y servicios, modificando además algunas disposiciones de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, para ajustar algunos aspectos de su aplicación a las micro y pequeñas empresas.

Esta propuesta postula en la exposición de motivos que se busca “hacer aplicables a las relaciones comerciales que establecen las micro y pequeñas empresas con sus proveedores, determinadas instituciones de protección al consumidor, tomando en consideración las similitudes que existen con la relación de consumo que los mismos proveedores establecen con los destinatarios finales de dichos bienes y servicios”. Refuerza la idea indicando que las EMT estarían expuestas a las mismas asimetrías de información que un consumidor común y corriente cuando los bienes servicios que se adquieren no son del giro de la micro o pequeña empresa.

Esta norma y sus siete numerales hacen una aplicación parcial de las normas de la Ley N° 19.496 sobre Protección al Consumidor y, a diferencia de las demás

²³ No se aplica a medianas empresas, pues se estimó que la asimetría de información es menor tratándose de aquellas.

propuestas revisadas en este artículo, ésta es la única regulación que excede la relación de derecho público entre regulado y regulador. En efecto, esta norma genera un efecto en el ámbito privado, en los contratos entre las partes, cuestión que en mi opinión parece ajena a los propósitos de mejora regulatoria vertidos en el mensaje del proyecto.

Los procedimientos a los que dé origen la aplicación de esta norma serán competencia de los juzgados de Policía Local del lugar donde se hubiere producido la infracción y le será aplicable el procedimiento establecido en el párrafo 1° del Título IV de la ley N° 19.496.

Para los efectos de determinar las situaciones o hipótesis que darán origen a la aplicación de esta norma, el proyecto de ley establece lo que viene en denominar “Deber de Profesionalidad” cuando señala que: *“Si las infracciones a lo dispuesto en este artículo se refieren a la adquisición o contratación de bienes o servicios que se relacionan directamente con el giro principal de la micro o pequeña empresa, el Tribunal deberá considerar en la aplicación de la multa que proceda, que el deber de profesionalidad de la micro o pequeña empresa es equivalente al del proveedor que cometió la infracción”*.

Hoy día la ley N° 19.496 define, en su artículo 1° número primero, como consumidores a las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. La colisión viene cuando la misma ley define quienes son los proveedores, indicando en el numeral segundo del artículo 1° que serán las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que *habitualmente* desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa. La propuesta les reconoce a estos proveedores la posibilidad cierta que ellos contraten como destinatarios finales, respecto de aquellos bienes donde hay habitualidad en relación con su giro. El matiz estaría dado, a nuestro entender, por la adquisición de bienes o servicios que no tengan que ver con el giro del negocio o actividad comercial, como por ejemplo, cuando el dueño de un restaurante, UNA sociedad de responsabilidad limitada, adquiere un computador. El no tiene un deber de profesionalidad respecto del conocimiento de las características de esos artículos, por lo que en la celebración de ese acto o contrato puede ser sujeto de las mismas asimetrías de información que un consumidor común.

Esta norma establece una especie de clausura, límite o criterio de interpretación para el juzgador, de manera que éste pueda determinar con claridad si a ese consumidor, micro o pequeña empresa, se le está o no en condiciones de exigir un “deber de profesionalidad” respecto de aquello que compró, si se está

invocando indebidamente o no esta norma para incumplir un contrato o no ejecutar un acto.

Finalmente, y en armonía con la disposición anterior, el último numeral incorpora una prevención y dispone que: *“Las normas de esta ley en ningún caso restringen o disminuyen la responsabilidad que las micro y pequeñas empresas tengan como proveedores profesionales en sus relaciones con consumidores finales de bienes y servicios”*²⁴.

La Biblioteca del Congreso Nacional ha dicho respecto de esta norma que “si lo que se pretende con esta iniciativa es equilibrar las relaciones entre mypes consumidoras y sus proveedoras, debería hacerse aplicable la iniciativa sólo a las relaciones entre mypes consumidoras y proveedoras que sean medianas o grandes empresas. Es bajo estas relaciones donde se dan los supuestos de desequilibrio que se pretenden subsanar y no en las relaciones comerciales entre dos mypes”²⁴. Esta observación es pertinente porque detecta una característica única en lo que llevamos analizado de este proyecto y es que esta propuesta no constituye una mejora regulatoria. Esta norma si bien reconoce un derecho a favor de las micro y pequeñas empresas como consumidoras, también le impone la carga de responder en su carácter de proveedora.

Si bien consideramos la observación vertida por la Biblioteca del Congreso en este trabajo, no la compartimos, esto porque se trata de una norma de compleja interpretación y aplicación que, si hubiera sido recogida en esos términos, estaría generando de todas maneras mayores costos de transacción asociados a la contratación entre micro o pequeñas empresas. Además, el problema que corrige una legislación, como la de protección al consumidor, tiene precisamente que ver con la asimetría de las partes, esto es, entre partes muy poderosas versus otras más débiles, y es esa idea la que conserva la propuesta inicial.

Un aspecto que considero importante revelar es que las asociaciones gremiales que representan a estas EMT han solicitado desde hace algún tiempo la creación de un servicio dedicado a las EMT, al estilo de lo que hoy en día es el “Sernac”, una especie de “Sernapyme”. En la solicitud planteada, dichos dirigentes han propuesto que este servicio tenga atribuciones para mediar entre las grandes empresas y los pequeños proveedores. Hago presente esta situación por cuanto creo que la norma en comento ha recogido mal la solicitud gremial, llevándola a un campo donde no se observan demandas críticas, y donde como señalé, el legislador se aleja de su carácter de regulador para inmiscuirse en las actuaciones

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, La Protección al Consumidor Micro y pequeña Empresa en el Proyecto de Ley que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño: Explicación y Consecuencias. Documento elaborado por James Wilkins Binder. Valparaíso, 2008. Chile.

privadas que realizan las partes (sus contratos). Analizado el tema a la luz de lo escrito por la doctrina, debo reconocer que no encontré referencias sustantivas que permitieran justificar esta medida.

15.- La Empresa de Menor Tamaño y la Regulación de la Competencia Desleal.

El profesor Enrique Barros B. señala que el derecho de la competencia se descompone en dos grupos de intereses que son diferentes entre sí “(i) ante todo, se cautela la libre competencia, que atiende esencialmente a la estructura de los mercados competitivos, y, (ii) además, establece una protección contra la competencia desleal, que tiene una dimensión más individualizada, pues cautela que los competidores no sobrepasen los límites de las buenas costumbres comerciales o profesionales en la prosecución de sus fines empresariales”.²⁵

Este mismo autor señala que un aspecto esencial de esta diferenciación radica en el tiempo en que unos y otros ilícitos importan o producen sus efectos; los de competencia desleal “miran hacia el pasado”, si generó o no el menoscabo patrimonial; en los de libre competencia, en cambio, “el análisis de los hechos tiende a ser *conjetural*, pues se basa en experiencias pasadas o en lo que ha ocurrido en otros lugares o en modelos económicos respecto de la conducta previsible de los actores en el mercado, tal como quedaría estructurado si se autoriza la operación que se analiza. En definitiva, se trata de *inferencias*, que sólo expertos pueden realizar acerca de lo que ocurrirá en el futuro”²⁶.

La ley de competencia desleal tiene su origen en una moción parlamentaria que detectó la complejidad del fenómeno y su falta de reconocimiento legal. Luego de una interesante discusión que quedó plasmada en su historia fidedigna, el texto definitivo de la ley consagró en su artículo 3° que: “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”.

Convenido entonces que la competencia desleal “versa sobre conductas llevadas a cabo con dolo, que buscan menoscabar el patrimonio de otro (competidor), por consiguiente deben ser sancionadas con las reacciones que el ordenamiento jurídico prevé para este tipo de conductas, que son la compensación o el resarcimiento del daño sufrido y que los atentados a la libre competencia, en cambio, son aquellos que inciden en valores públicos, en el

²⁵

[en línea]

<http://www.fne.gob.cl/descargas/dia_competencia/data/2004/disc_ddlc_2004_cb.pdf> [consulta 26 de Febrero de 2009].

²⁶ Ídem

bien común de la nación, en la justicia y eficiencia para organizar la oferta y la demanda de bienes susceptibles de comercializarse”. Se hace oportuno revisar los aspectos de la ley que inciden en esta materia.²⁷

El proyecto original no contemplaba ninguna norma vinculada a la competencia desleal ni al derecho de la competencia en general, no obstante haber sido un requerimiento frecuente desde los gremios del sector. Lo anterior, unido a las pretensiones del poder legislativo sobre la misma materia, hizo que el ejecutivo, en la primera presentación de indicaciones de este proyecto incluyera estas materias agregando dos literales al artículo 4º de la Ley Nº 20.169 que Regula la Competencia Desleal. Ellos son los siguientes.

- b) La imposición por parte de un proveedor, de condiciones de contratación para sí, basadas en aquellas ofrecidas por ese mismo proveedor a empresas competidoras de la primera, para efectos de obtener mejores condiciones que estas; o, la imposición a algún proveedor de condiciones de contratación con empresas competidoras de la empresa en cuestión, basadas en aquellas ofrecidas a ésta. A modo de ejemplo, se incluirá bajo esta figura la presión verbal o escrita, que ejerza una empresa a un proveedor de menor tamaño cuyos ingresos dependan significativamente de las compras de aquella, para obtener un descuento calculado a partir del precio pactado por ese mismo proveedor con algún competidor de la primera empresa.*
- i) El incumplimiento sistemático de deberes contractuales con los proveedores, para efectos de obtener rebajas artificiales de costos frente a competidores.”*

El primer literal, como es evidente, es de difícil interpretación por lo que se hace necesario aclarar cual fue el objetivo del ejecutivo en esta indicación. La primera parte de este artículo contiene los principales elementos de la regulación, siendo en mi opinión, innecesaria el resto de la redacción.

Lo que se quiere proteger a través de esta norma es la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, en este caso de la EMT. Se busca garantizar que la EMT pueda optar o no por la celebración de un contrato determinado y, tomada que sea la decisión, en qué términos se traducirán las obligaciones contraídas.

²⁷ VALDÉS PRIETO, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica, 2006, p. 77.

Se pretende evitar que un cliente (de gran tamaño) obligue a un proveedor, que sea EMT, a aceptar o a que le ofrezca condiciones de contratación similares a las que ese mismo proveedor ha convenido con otro cliente (presumiblemente de gran tamaño, también). La coerción ejercida por la gran empresa busca que el proveedor le extienda las mismas condiciones que ofreció a otra empresa (grande) competidora de ella.

Entendemos que este literal pretende regular el desequilibrio existente entre las partes contratantes, de lo contrario no se explica la justificación de la norma. Pese a todo lo reprochable que es su redacción, tiene una virtud y es la doble legitimación activa que consagra. En efecto, esta norma permite que quien reclame la competencia desleal sea el proveedor de menor tamaño u otra de las empresas proveídas por esa EMT. Esta opción no es menor, por cuanto es probable que no sean las EMT las que invoquen esta norma y si lo sean las empresas proveídas (probablemente las de gran tamaño), las primeras porque temerán perder su participación en el mercado y las segundas, porque ellas están condiciones de enfrentarse en igualdad de condiciones frente a un tribunal. En este punto, sin embargo, es donde visualizamos un giro de la norma que no ha sido detectado por el legislador.

Si es la EMT quien demanda en juicio, se cumplen plenamente las hipótesis de la competencia desleal por cuanto es ilegítima y contraria a la buena fe dicha imposición, su legitimación activa es incuestionable. Sin embargo, si la que recurre es otra de las empresas proveídas por esa EMT, la legitimación debería fundarse en el atentado a la libre competencia, porque dicha presión impide o restringe la competencia libre en los mercados de que se trate. Probablemente, si la coerción es en un proveedor de la EMT ésta no se produzca, pero si la presión es ejercida en muchos, el atentado parece incuestionable.

Hay que hacer la prevención que esta norma no pretender prohibir que el proveedor de menor tamaño reproduzca las condiciones con las que en general contrata, sino garantizarle que tendrá la libertad de cambiarlas si las condiciones del mercado así lo ameritan. Por otro lado, reconociendo las características propias de la negociación comercial, hay que dejar en claro que los mecanismos de negociación que apunten a obtener mejores condiciones no son ilegales, el matiz está dado por la búsqueda de esas condiciones indebidas, por ejemplo, amenazando con una negativa de compra si su poder de mercado es relevante, celebrando contratos de especialización²⁸ sin plazos determinados o determinables, etc.

²⁸ Relación contractual que impone un vínculo de exclusividad a una o ambas partes, y que, por lo tanto, limita las relaciones contractuales con terceros. Esta relación contractual puede materializarse en la exclusividad de abastecimiento del comprador

El interés del poder legislativo en estas materias es enorme, tanto es así que existe una moción parlamentaria que apunta a regular estas mismas materias. Dicha presentación define lo que debe entenderse por proveedor, proveedor de menor tamaño y empresa abastecida. Consigna, además, la obligación para la empresa abastecida de dictar un reglamento que fije las condiciones generales de contratación con sus proveedores, fija plazos máximos de pago a los proveedores y entrega el conocimiento de estos asuntos a la Fiscalía Nacional Económica.²⁹

(cláusula de exclusividad de compra) o en la exclusividad de suministro por parte del proveedor. CATEDRA DERECHO DE LA DISTRIBUCION, 2006, Profesor Carlos Urquieta Salazar, [Diapositivas].

²⁹ PROYECTO DE LEY (Boletín N° 5034-03). Artículo 1.- Las normas contenidas en esta ley son irrenunciables y rigen las relaciones comerciales entre proveedores y empresas abastecidas.

Artículo 2.- Para los efectos de esta ley se entenderá por: 1) Proveedor.- la persona, natural o jurídica, que aprovisiona bienes o mercaderías a otra, con el objeto de ser vendidas al público, o presta servicios para la explotación del giro de la segunda. 2) Proveedor de menor tamaño.- 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.

También se considerará como tal, 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 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.

Serán considerados un mismo proveedor de menor tamaño las sociedades y sus filiales, y las empresas individuales de responsabilidad limitada y su respectivo empresario de responsabilidad limitada. 3) Empresa abastecida.- el local comercial a quien le son entregadas las mercaderías para su venta o aquél a quien se prestan los servicios, considerados como unidad productiva.

Artículo 3.- Será obligatorio para la Empresa Abastecida elaborar un Reglamento General de Aprovisionamiento, 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.

El Reglamento, que se otorgará por escritura pública, deberá ser inscrito en el Registro del Conservador de Comercio correspondiente al domicilio de la Empresa Abastecida. Si ella posee una página Web, el Reglamento deberá -además- estar a disposición del público a través de ese medio.

El segundo literal de esta norma le da el rango de competencia desleal al incumplimiento contractual. Esta norma es muy novedosa pues establecería los elementos de una presunción de mala fe en el incumplimiento sistemático.³⁰

En ordenamientos jurídicos extranjeros es posible encontrar normas que sancionan como competencia desleal el incumplimiento sistemático de normas ambientales, de manera que nos atrevemos a sugerir que esta norma pudiera tener un impacto, económico y jurídico más allá de lo que aquí se puede predecir.

Además de lo anterior, hay que decir que en el incumplimiento sistemático hay un componente indiciario de dolo, sobre todo cuando la empresa que incumple tiene un respaldo económico y financiero suficiente para cumplir en tiempo y forma con las obligaciones adquiridas. Este incumplimiento sistemático repercute indudablemente en el patrimonio del afectado, por lo tanto, compartimos la inclusión de esta hipótesis en la ley de competencia desleal.

16.- La Empresa de Menor Tamaño y los Acuerdos de Producción Limpia. La ley en comento, establece en su artículo décimo, un “Marco Normativo para Los Acuerdos de Producción Limpia (APL). Es decir, establece una ley dentro de esta ley.

Las modificaciones que se introduzcan al Reglamento General de Aprovechamiento sólo regirán transcurridos 60 días desde que se subinscriba la misma en el Registro del Conservador de Comercio.

Las disposiciones del Reglamento se interpretarán siempre a favor del proveedor.

Artículo 4.- Se prohíbe a la empresa abastecida 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, entendiéndose por tal el corriente de plaza o los fijados en los aranceles respectivos, según el caso.

Artículo 5.- Será obligatorio para la Empresa Abastecida 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. Tratándose de los demás proveedores, el plazo máximo no podrá exceder de 60 días. Sólo por acuerdo expreso, el que deberá constar por escrito, se permitirá el pago fuera de éste último plazo.

Artículo 6.- Si no se demanda indemnización de perjuicios, será competente para conocer de las infracciones a la presente ley, la Fiscalía Económica.

³⁰ Esto es, incumplimiento (cumplimiento tardío, cumplimiento parcial, o falta total de solución), además que esta situación se haya materializado en más de una oportunidad en la relación comercial que vincula a los comerciantes o competidores.

Este marco normativo está compuesto por nueve artículos, donde se regula la finalidad de los APL, su concepto, las partes que pueden participar en ellos, los efectos del incumplimiento de los acuerdos que no importen incumplimiento de la legislación vigente, programas de promoción y sobre el consejo nacional de producción limpia.

Los Acuerdos de Producción Limpia (APL) son acuerdos de carácter voluntario entre un sector empresarial, empresa o empresas y el o los organismos de la administración del Estado facultados para suscribirlos en los que se fijan compromisos que, una vez suscritos, son vinculantes, abordan normas sanitarias y medio ambientales, entre otras.³¹

Estos APL son acuerdos que buscan el cumplimiento sobre el estándar establecido en la ley. Si la EMT apenas puede cumplir con las regulaciones, ¿cómo se puede explicar que una norma de este tipo se haya incluido en este proyecto?

El mensaje del proyecto de ley destaca que “a la fecha se han suscrito 39 APL en los más diversos sectores productivos, en los que han participado más de 2.700 empresas, sumando en conjunto sobre 5.000 instalaciones o establecimientos productivos. De estas empresas, un 8% han sido microempresas, un 44% pequeñas empresas y un 27% medianas empresas, es decir, prácticamente el 80% corresponden a empresas de menor tamaño”.

Teniendo presente entonces esta información y el interés de algunos sectores de EMT por estos instrumentos, se pretende fomentar la promoción de acuerdos voluntarios que permitan llegar a metas de eficiencia productiva, innovación tecnológica y apreciaciones costo beneficio en la implementación de esta clase de medidas.

Otro de los méritos que se puede destacar de esta propuesta es el reconocimiento legal del Consejo Nacional de Producción Limpia, con sus funciones y atribuciones.

17.- Los Asesores Económicos de Insolvencia. Esta es una materia de las más atractivas de las contenidas en la ley.

Se trata de una propuesta de ley individual, distinta de las otras normas contenidas en el articulado de la ley. Esta nueva regulación tiene por objeto remediar los problemas derivados de las crisis económicas que afectan a las EMT, sin que por ello se modifique el resto de la normativa aplicable a estos

³¹ CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN limpia, *Política Nacional de Producción Limpia al 2010*, CORFO, Santiago, 2006.

casos, en este caso la Ley de Quiebras. Esta ley establece un “sistema de alivio” para buscar la mejor solución a un periodo de crisis económica fijando un detallado marco regulatorio para ello.

La mejor solución a la que apunta esta nueva regulación busca por un lado, tratar de encontrar acuerdos entre los acreedores de la EMT para que esta sobreviva al periodo de crisis y en consecuencia siga siendo productiva y mantenga el empleo que ofrece, reorganizándose y reintegrándose al mercado a partir de los acuerdos alcanzados con sus acreedores durante este periodo. Por otro lado y para el caso que el objetivo anterior no sea posible, se busca cerrar la empresa lo más organizadamente que se pueda, de manera que su dueño pueda estar en condiciones de reemprender sin tener que esperar a que sus deudas prescriban o arrastrar por largo tiempo con saldos pendientes, cuestión que en definitiva deteriorará sus posibilidades de acceder a créditos o financiamientos. En el peor de los escenarios la idea es que cierre su negocio, con la correspondiente liquidación de activos o promoviendo una declaración de quiebra en su caso.

Por regla general, las EMT no se someten a la legislación concursal vigente porque resulta demasiado onerosa, tanto para acreedores como para deudores, resolver esta clase de problemas por medios jurisdiccionales. En la práctica, muchísimas EMT se desvanecen en el sistema económico, quedando con deudas pendientes, no haciendo nunca el término de giro tributario y mucho menos pagando sus obligaciones.

La ley crea un sistema que opera por la actividad del deudor y con o sin controversia inicial entre partes. La motivación principal es lograr hacer un diagnóstico que convenza a los acreedores que es posible superar la situación de crisis porque la empresa es viable (por su giro o características de productividad) o porque sus activos dan certeza (garantía) que si ella no es viable, servirán al menos para cubrir el pago de las deudas contraídas. La idea es encontrar en conjunto con los acreedores una solución a la crisis potencial o actual de las EMT.

Se propone en el artículo undécimo, una segunda ley denominada “De la reorganización o cierre de micro y pequeñas empresas en crisis.”.

Se trata de un procedimiento extrajudicial, voluntario para todos aquellos deudores, titulares de EMT, que estén en insolvencia o próximos a llegar a ella para que recurran a un “Asesor Económico de Insolvencias”, quien, previa evaluación de los antecedentes que se le acompañen por el deudor, podrá emitir un “Certificado de Suspensión” de los procedimientos judiciales o administrativos, que señala la ley, y que se encuentren iniciados en su contra

por un plazo determinado³². Expedido que sea el certificado, se comunica de este hecho a la Superintendencia de Quiebras quien validará dicho certificado.

La suspensión que conste en el certificado validado por la Superintendencia de Quiebras tendrá un plazo máximo e improrrogable de 90 días, dentro del cual el asesor económico efectuará un estudio económico que dé cuenta de la situación económica, financiera y contable del deudor, la naturaleza y monto de sus obligaciones tanto vencidas como por vencer cualquiera sea el plazo, condición o modo de las mismas, los activos que posee y si éstos son de su dominio y los gravámenes, modos o condiciones a que están sujetos, el giro de los negocios del deudor y las perspectivas de su actividad en orden a la posibilidad de cumplir razonablemente con sus obligaciones y si ese no fuere el caso, señalarlo circunstanciadamente.

Este estudio es público respecto de todos los acreedores del deudor y frente a algunos acreedores el asesor puede ejercer algunas gestiones.

La reglamentación antes descrita se compone de tres títulos:

- El primero de ellos establece disposiciones generales tales como el ámbito de aplicación y qué se entiende por estado de insolvencia.
- El segundo título se refiere a los asesores económicos de insolvencia y establece sus funciones, requisitos para ejercer el cargo, regulaciones complementarias para el ejercicio de estas funciones, prohibiciones en el ejercicio del encargo, causales de exclusión, procedimientos de reclamos para esas exclusiones, obligaciones en caso de renuncia al encargo, inhabilidades, sanciones por el concierto entre deudor, asesor o acreedores, responsabilidades del asesor económico, incompatibilidades y las funciones de la Superintendencia de Quiebras.
- El tercer título relativo al procedimiento, establece los requisitos para presentar el requerimiento al asesor, los requisitos para emitir el certificado, los efectos del certificado, la presentación y periodo de suspensión del certificado, características del estudio económico, citación de los acreedores, proposiciones y acuerdos, extinción de los efectos del certificado y remuneración del asesor.

Adicionalmente, toda esta propuesta se complementa con algunas modificaciones al Código de Comercio, al reducirse el plazo de rehabilitación

³² Tratándose del deudor persona natural, la insolvencia deberá evaluarse respecto de todas sus deudas incluidas aquellas que no son necesariamente de su giro. Tratándose del deudor persona jurídica, habiendo separación de patrimonio, no cabe la inclusión anterior.

de la quiebra de 1 año a 6 meses y aumentando a 2.000 unidades de fomento la suma para la realización sumaria de los bienes como producto probable de la realización del activo³³.

Evidentemente, esta ley no viene a resolver los problemas económicos de la EMT, pero establece un marco regulatorio coherente para facilitar el tránsito desde la crisis al cierre o a la reorganización. Las EMT por regla general no se someten a la regulación de la ley de quiebras por los costos que para ella y sus acreedores significa la actuación ante los tribunales. En ese sentido esta ley establece una mejora regulatoria para ambas partes.

La meta del procedimiento es prevenir la crisis y reorganizar o, si ello no es posible, cimentar el camino para que la EMT reinicie nuevas actividades, liquidando la empresa, con el menor perjuicio posible para la comunidad de acreedores, y así recomponer el crédito del deudor para que emprenda de nuevo. En efecto, este es un valor que es necesario rescatar y es por ello que importa tanto a la sociedad la reinsertión de ese sujeto al circuito del emprendimiento.

18.- La Empresa de Menor Tamaño y la Regulación Laboral. El proyecto de ley recoge, en el artículo duodécimo, una serie de modificaciones, entre ellas, una muy importante al Código del Trabajo.

Este Código establecía una norma residual en materia de sanciones en el anterior artículo 477; ella señalaba que para el caso de no haber una sanción expresa señalada por la ley se aplicarían las señaladas en esa norma, con aumento gradual de ellas dependiendo el número de trabajadores que laboren en ella.

Esta ley, si bien no altera de manera transversal el Código del Trabajo, si modifica este artículo, consagrando expresamente, hoy en el 505 bis y siguientes, todas las categorías de empresas en razón de su tamaño según su número de trabajadores y establece mecanismos especiales para hacer frente a la imposición de multas. Las modificaciones al Código del Trabajo son las siguientes:

18.1 Reconocimiento Expreso de la Clasificación de Empresas en Atención al Número de Trabajadores. El nuevo artículo 505 bis recoge de manera apropiada los fines perseguidos por la regulación, primero reconoce realidades y más tarde establece normas especiales para generar el tratamiento diferenciado del sujeto.

³³ Artículos 240 y 109, respectivamente, del Libro IV del Código de Comercio.

“Para los efectos de este Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores.

Se entenderá por micro empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más.”.

18. 2 Graduación de las Multas en Conformidad al Tamaño de la Empresa. Esta norma, si bien no es nueva, fue modificada por esta ley estableciendo una nueva clasificación entre micro y pequeña empresa, clasificación que antes no existía.

“Las infracciones a este Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas de conformidad a lo dispuesto en los incisos siguientes, según la gravedad de la infracción. Para la micro empresa y la pequeña empresa, la sanción ascenderá de 1 a 10 unidades tributarias mensuales.

Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales.

Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales.

En el caso de las multas especiales que establece este Código, su rango se podrá duplicar y triplicar, según corresponda, si se dan las condiciones establecidas en los incisos tercero y cuarto de este artículo, respectivamente y de acuerdo a la normativa aplicable por la Dirección del Trabajo.

La infracción a las normas sobre fuero sindical se sancionará con multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales.”.

Una observación adicional sobre ella permite percatarse que el inciso final no fue modificado, cuestión que es reprochable pues el criterio de gradualidad en la aplicación de la sanción es igualmente plausible.

Otro aspecto interesante de la modificación propuesta a este artículo es que se disminuye el rango superior de multas desde 20 a 10 UTM como sanción máxima para las empresas de 1 a 49 trabajadores y por otra parte se aumenta desde 60 a 90 UTM la sanción máxima para las grandes empresas.

18.3 Ampliación de los Beneficios de Sustitución de Multa y Asistencia al Cumplimiento para Micro y Pequeñas Empresas. La regulación original, que se originó en la Ley N° 20.123 sobre el trabajo en régimen de subcontratación, establecía la posibilidad de sustituir multas por capacitaciones o por programas de asistencia al cumplimiento, sólo respecto de empresas de hasta 9 trabajadores, con esta ley se amplía esta prerrogativa a aquellas empresas de hasta 49 trabajadores.

Además de lo anterior, es posible sustituir más de una vez al año si lo sancionado corresponde a normas de distinta naturaleza, el artículo 506 ter dispone.

“Tratándose de micro y pequeñas empresas, y en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad a los artículos 503 y 511 de este Código, el inspector del trabajo respectivo autorizará, a solicitud del sancionado, y sólo por una vez en el año respecto de la misma infracción, la sustitución de la multa impuesta por alguna de las modalidades siguientes:

1. Si la multa impuesta es por infracción a normas de higiene y seguridad, por la incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo. Dicho programa deberá implementarse con la asistencia técnica del organismo administrador de la ley N° 16.744, al que se encuentre afiliada o adherida la empresa infractora y deberá ser presentado para su aprobación por la Dirección del Trabajo, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo. La presente disposición será igualmente aplicada por la autoridad sanitaria que corresponda, en aquellos casos en que sea ésta quien aplique la sanción.

2. En el caso de multas no comprendidas en el número anterior, y previa acreditación de la corrección, de la o las infracciones que dieron origen a la sanción, por la asistencia obligatoria del titular o representante legal de la empresa de menor tamaño, o de los trabajadores vinculados a las funciones de administración de recursos humanos que él designe a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que tendrán una duración máxima de dos semanas.

La solicitud de sustitución deberá presentarse dentro del plazo de treinta días de notificada la resolución de multa administrativa.

Autorizada la sustitución de la multa de conformidad a lo dispuesto precedentemente, si el empleador no cumpliera con su obligación de incorporarse en un programa de asistencia al cumplimiento o de asistencia a programas de capacitación, según corresponda, en el plazo de 60 días,

procederá al aumento de la multa original, el que no podrá exceder de un 25% de su valor.”.

18.4 Rebajas por Cumplimiento Dentro del Plazo Legal. Tal como lo indicara la Biblioteca del Congreso en su observaciones, *“se recoge en este punto uno de los principios del proyecto, esto es, la incorporación del criterio del tamaño de la empresa. Se propone que el quantum de la rebaja incorpore el criterio del tamaño de la empresa”*³⁴. En esta materia la propuesta transforma el “techo” de la rebaja (50%) en el piso, y tratándose de las micro y pequeñas empresas, la rebaja parte al menos en un 80%.

“Facúltase al Director del Trabajo, en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad al artículo 503 y no hubiere solicitado la sustitución del artículo 506 ter de este Código, para reconsiderar las multas administrativas impuestas por funcionarios de su dependencia en la forma siguiente:

1. Dejando sin efecto la multa, cuando aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho al aplicar la sanción.

2. Rebajando la multa, cuando se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento, a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción.

Si dentro de los quince días siguientes de notificada la multa, el empleador corrigiere la infracción, el monto de la multa se rebajará, a lo menos, en un cincuenta por ciento. Tratándose de la micro y pequeña empresa, la multa se rebajará, a lo menos, en un ochenta por ciento.”.

Como resultado del cuarto set de indicaciones remitidas a la Cámara de Diputados, se introdujeron nuevas modificaciones al Código del Trabajo y a la propuesta original contemplándose un artículo 506 bis:

“El inspector del trabajo que constate en una micro o pequeña empresa una infracción legal o reglamentaria que no ponga en riesgo inminente la seguridad o la salud de los trabajadores podrá conceder un plazo de, a lo menos, cinco días hábiles para dar cumplimiento a las normas respectivas.”

Esta norma fue introducida a petición de los parlamentarios y pone énfasis en la gestión del cumplimiento más que en el carácter punitivo de la fiscalización.

³⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Revisión de la Propuestas Laborales del Proyecto de Ley que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño*, Documento elaborado por Paola ÁLVAREZ DROGUETT, Valparaíso, 2008.

Como se desprende de las modificaciones comentadas, no se altera la regulación laboral de manera integral, se deja intacto el sistema de indemnizaciones, las causales de término de contrato, etc. “La propuesta del proyecto, en este ámbito modifica la política de fiscalización y aplicación de sanciones por infracciones a las normas laborales de las EMT”.³⁵

De todas formas, estimamos que esta propuesta es adecuada y responde a las particularidades de las EMT, las que como tantas veces hemos señalado, carecen de las destrezas técnicas y administrativas para cumplir la normativa.

19.- Institucionalidad para la Nueva Regulación. Producto de la fuerte convicción en el parlamento acerca de la necesidad de contar con una institucionalidad que reforzara este proceso de mejora regulatoria, el ejecutivo, en el primer envío de indicaciones a la Cámara de Diputados, propuso las siguientes modificaciones.

19.1 Nuevas Atribuciones al Ministerio y Subsecretaría de Economía.³⁶ Estos órganos de la administración no tenían la atribución legal para llevar adelante la función de coordinación de la política orientada hacia la EMT y tampoco de los demás órganos con competencias en esas mismas materias.

De hecho, los cuerpos normativos que regían a estas instituciones, el D.F.L. N° 88 de 1953 del Ministerio de Hacienda que adopta las medidas que indica en relación con el Ministerio de Economía y Comercio y sus atribuciones y actividades, el D.S. N° 747 de 1953 del Ministerio de Economía y Comercio que aprueba el Reglamento Orgánico de la Subsecretaría de Comercio e Industrias del Ministerio de Economía³⁷ no contemplan ninguna atribución relativa a las materias que estos órganos hoy en día coordinan. De hecho, gran parte de la actualización legal de estas reparticiones se encuentra recientemente estrenado, un ejemplo es esta ley, otro ejemplo es la Ley N° 20.423 que crea una nueva institucionalidad turística, otro el que establece un sistema de distribución para el fondo de innovación para la competitividad, entre otros.

³⁵ *Ibidem*

³⁶ Ha sido el Ministerio de Economía quien ha asumido las funciones de fomento de la EMT en base a lo que disponen la Ley N° 14.171 y el DFL N° 88 de 1953 del Ministerio de Hacienda.

³⁷ Así por ejemplo el DFL N° 88 establece entre sus atribuciones “fijar por decreto supremo los tipos de cambios”, “Elaborar convenios y tratados internacionales”, “Impartir instrucciones económicas a los cónsules”, “Formular la política aduanera”, etc., todas atribuciones derogadas por otras normas legales dictadas con posterioridad.

La ley que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, en lo pertinente indica que:

“El Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción deberá fomentar el desarrollo de las empresas de menor tamaño y facilitarles la utilización de los instrumentos de fomento dispuestos por los órganos del Estado.

Le corresponderá a la Subsecretaría de Economía generar coordinaciones para que en conjunto con los Ministerios sectoriales, para que en la formulación de las políticas y planes de fomento se tomen en consideración las particularidades de las Empresas de Menor Tamaño.

Asimismo, le corresponderá, impulsar con sus servicios dependientes o relacionados una política general para la mejor orientación, coordinación y fomento del desarrollo de las Empresas de Menor Tamaño, así como realizar un seguimiento de las respectivas políticas y programas; y, generar las condiciones para el acceso de estas empresas a fuentes útiles de información, contribuyendo a la mejor utilización de los instrumentos de fomento disponibles para ellas.”

Esta norma nos parece adecuada. Por un lado, aparece el Ministerio como órgano superior encargado de la coordinación y fomento y, por otro, la Subsecretaría con una clara definición de su mandato; generación de coordinaciones externas con otros órganos sectoriales e internas, a través de sus propios servicios dependientes o relacionados.

19.2 Consejo Nacional Consultivo de la Empresa de Menor Tamaño. En el mismo ánimo anterior, se detectó la necesidad de contar con una institucionalidad que generara un punto de encuentro entre las autoridades coordinadoras de la política, los órganos a cargo del fomento productivo y la innovación y los propios empresarios de menor tamaño. Es así como surgió la iniciativa de un consejo consultivo como el que a continuación se describe:

“Créase el Consejo Nacional Consultivo de la Empresa de Menor Tamaño, en adelante y para todos los efectos de esta ley, “el Consejo”, cuya función será asesorar al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción en la proposición de políticas y coordinación de esfuerzos de los sectores público y privado, destinados a promover una adecuada participación de las Empresas de Menor Tamaño en la economía nacional.

El Consejo estará integrado por los siguientes miembros:

a) *El Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, quien lo*

presidirá;

- b) El Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Fomento de la Producción;*
- c) El Director de la Dirección de Promoción de Exportaciones;*
- d) El Gerente General del Servicio de Cooperación Técnica;*
- e) Cuatro representantes de las confederaciones gremiales de las Empresas de Menor Tamaño;*
- f) Un representante de las asociaciones gremiales que agrupen a las Empresas de Menor Tamaño que exporten bienes o servicios;*
- g) Un representante de las instituciones de educación superior, designado por el Presidente de la República;*
- h) Un representante de Organismos o Asociaciones no Gubernamentales que tengan por objeto promover el desarrollo de las Empresas de Menor Tamaño, designado por el Presidente de la República.*
- i) Un representante del Consejo Nacional de Innovación.*
- j) Un representante de las Municipalidades.”.*

Los miembros de este Consejo desempeñarán sus funciones ad-honorem y sus funciones serán las siguientes:

- a) “Evacuar consultas, sugerencias, observaciones o proposiciones, respecto de materias de competencia del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción relacionadas con las Empresas de Menor Tamaño, en las cuales éste les solicite su opinión;*
- b) Proponer al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, estrategias que permitan potenciar la debida coordinación de las políticas y acciones sectoriales de apoyo a las Empresas de Menor Tamaño;*
- c) Asesorar al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, para que este, en colaboración con los Ministerios sectoriales, se dé cumplimiento a las políticas y planes focalizados en Empresas de Menor Tamaño; y*
- d) Promover la cooperación entre las instituciones del sector público y privado en la ejecución de programas relativos a las Empresas de Menor Tamaño”.*

El trabajo de este foro debería generar varios consensos en torno a las prioridades de la política y jerarquización de las medidas específicas que se promuevan para implementarla.

Nótese además, que este Consejo, no obstante, recibir la denominación de “Consultivo” puede además adoptar acuerdos cuando indica:

“El Consejo celebrará al menos tres sesiones al año, las que se convocarán por su Presidente. El Consejo para sesionar y tomar acuerdos, deberá contar con la mayoría absoluta de sus miembros. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente.”

Esta circunstancia no fue percibida por el ejecutivo cuando envió esta indicación a Parlamento. En todo caso es poco probable que genere situaciones complejas porque la mayoría de este Consejo, según vimos, es de integración pública, además, en caso de empate, define el voto del presidente.

19.3. Nuevas Atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica en Resguardo de las EMT. La Ley N° 20.361 que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía del año 2004, que corresponde el texto refundido coordinado y sistematizado del D.L. 211 incrementa los resguardos a favor de las EMT frente a atentados a la libre competencia.

Entre los aspectos fundamentales de este proyecto se puede mencionar el fortalecimiento de la independencia de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a través del cumplimiento a normas aun más estrictas en lo que se refiere a incompatibilidades, prohibiciones e inhabilidades, a objeto de garantizar la libertad deseada no sólo a la fecha de su nombramiento, sino también durante el ejercicio de su función e, incluso, un período razonable que se extiende más allá de la cesación en el cargo. Adicionalmente, otro eje del proyecto es fortalecer las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, en tanto órgano que investiga las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados, particularmente en lo que dice relación con aquellas herramientas para poder detectar colusiones. Como se ha indicado: *“Efectivamente, la experiencia nacional e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quienes participaron en la gestación o actividad del mismo. Frente a ello, un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes en otros países es la delación compensada o leniency”*³⁸.

³⁸ Mensaje Boletín N° 4234-03

En relación a las materias con incidencia en nuestro objeto de estudio, esta ley³⁹ introdujo nuevas facultades en el artículo 39 del Decreto Ley N° 211, estableciendo la protección de la identidad de quienes denuncien⁴⁰ o declaren en un caso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. De esta forma, se pretende evitar el riesgo de represalias, que son las que habitualmente inhiben la denuncia, por ejemplo, en contra de empresas de gran tamaño.

Reestableciendo algunas atribuciones de las antiguas comisiones preventivas, se propone resolver en menores plazos controversias entre empresas pequeñas y grandes, por ejemplo, a través de recomendaciones de abstención de la ejecución de actos o contratos bajo apercibimiento de presentar requerimientos en su contra; suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones; adoptar previa autorización del tribunal, medidas preventivas tendientes a incrementar la transparencia en los mercados, etc.

Este cambio legal, que está pronto a materializarse, viene a reforzar el panorama a favor del desarrollo de las EMT al establecer mecanismos institucionales que aseguren el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad de oportunidades.

19.4 Enfoque de Género de las Políticas de Emprendimiento. Un tema novedoso y que marca pautas en lo que son mejoras regulatorias es el que dice relación con la transversalización de determinados enfoques en la legislación que se dicta. Sin duda, nuestro tema de estudio es el resultado de la mirada transversal de este enfoque costo beneficio, pero aún así esta iniciativa soporta una visión más específica aún. En el segundo envío de indicaciones⁴¹ al parlamento el ejecutivo incluyó una función adicional al Consejo Consultivo Nacional que indica que este deberá:

“ e) Promover que la implementación y ejecución de las políticas, planes y programas de emprendimiento del Estado consideren condiciones de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”.

³⁹ Boletín N° 4234-03.

⁴⁰ Disponiendo de oficio o a petición de parte que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, con el sólo objeto de proteger la identidad de los denunciantes.

⁴¹ Envío que, además, consideró la incorporación al Consejo Consultivo de un representante del Consejo Nacional de Innovación Para la Competitividad.

Este intento constituyó un gran avance en materia de mejora regulatoria, pues promovía necesariamente la generación de políticas con enfoque de género, cuestión que en materia de emprendimiento presenta interesantes características.

En Chile, 1 de cada 3 emprendimientos corresponden a mujeres.⁴² Aquellos emprendimientos pueden clasificarse en emprendimientos por *necesidad* y emprendimientos por *oportunidad*. Más de la mitad de las *mujeres lo hacen por necesidad* a diferencia de los hombres que en su mayoría lo hacen por *oportunidad*⁴³. Lamentablemente esta función del consejo fue suprimida en el Senado por estimar que no era relevante detenerse en ese indicador.

20.- Denominación y Contenido de esta Ley. La idea es definir en este párrafo el verdadero carácter de esta ley. Por lo expuesto hasta esta parte podemos constatar que se trata de una ley miscelánea por la variedad de materias que ella abarca, además de las dos leyes que ella misma contiene⁴⁴. Sin embargo, hay otro aspecto, en que es prioritario detenernos, y dice relación con la naturaleza de esta ley, es decir, ¿estamos en presencia de una ley general o por el contrario, estamos frente a una ley especial?

Señala la doctrina “el sentido y alcance que el legislador le ha dado a una norma, es el que consta, expresa o implícitamente, pero con la claridad inequívoca, en la historia oficial de su establecimiento”⁴⁵.

Si nos remitimos al mensaje a través del cual el ejecutivo justificó la presentación del proyecto, es posible encontrara en muchos pasajes de su texto que lo que motiva la presentación de este proyecto cuales son “*las desigualdades en el acceso a oportunidades para emprender*”, que son “*responsabilidad del sector público preparar el camino para que las empresas puedan cumplir los requisitos que establece la legislación y corregir aquellos aspectos normativos y administrativos que son desproporcionados para el tamaño de las unidades productivas más pequeñas*”, que la “*la mejora regulatoria es un proceso fundamental para fortalecer la promoción del desarrollo económico y social*”, que “*la mejora regulatoria contempla cambios a normas vigentes y propuestas, como también puede incluir nuevas leyes para cubrir vacíos legales existentes*”, y que en el caso de Chile la “*mejora*

⁴² Mujeres y Actividad Emprendedora. Chile. Global Entrepreneurship Monitor GEM, 2007. la información GEM 2008 es análoga.

⁴³ MINISTERIO DE ECONOMÍA, *Políticas De Emprendimiento y Creación De Empresas Con Connotación De Género*, Santiago, 2008, 145 pp.

⁴⁴ Sobre Acuerdos de Producción Limpia y Reorganización o Cierre de Empresas en Crisis.

⁴⁵ FERNÁNDEZ, p. 226.

regulatoria para la normativa aplicable a las empresas consiste justamente en revisar y adecuar la normativa vigente, modificar la que es redundante o impone costos que inducen al incumplimiento, e introducir nuevas regulaciones en los casos en que se requiera, etc.

Todas estas justificaciones apuntan a establecer, como lo hemos señalado tantas veces, regulaciones diferenciadas para las EMT en Chile, pues se reconoce que al no ajustarse la legislación a esta característica (tamaño) se produce un elevado costo de cumplimiento de esas normativas.

Las leyes generales “obligan o facultan a todos los comprendidos dentro de la clase designada por el concepto-sujeto de la disposición normativa”⁴⁶, y las leyes especiales son aquellas que establecen alguna diferencia en base a legítimas consideraciones a las establecidas en leyes generales.

La mayoría de los textos legales que sufrirán modificaciones a partir de este proyecto son leyes marcos o generales, así por ejemplo lo son el Código Sanitario y el Código del Trabajo, de manera que frente a ellas, esta regulación es una regulación especial, que por lo tanto, prima.⁴⁷

Creo que es importante resolver esta materia, porque además de lo anterior hay normas que son nuevas, que no modifican otros textos, y eventualmente pueden generar conflicto con otras normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Por lo anterior y teniendo como premisa que esta ley, como su nombre lo indica, establece normas especiales, hay que distinguir:

1. Entre una norma general y esta ley, prima esta ley por su naturaleza especial.
2. Entre dos normas especiales hay que distinguir, si la norma especial que regula un sector o actividad económica específica, distingue o no por tamaño de empresa.
 - Si ambas lo hacen, hay que subdistinguir

⁴⁶ GARCÍA MAYNES, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 82.

⁴⁷ Sin perjuicio de lo vertido en el párrafo anterior, hay un hecho insoslayable y que radica en que la norma general será aplicada a las grandes empresas (y en menor medida a las medianas), las que en su conjunto constituyen el 1% del total de empresas del país. La regla especial se transformará, a la larga, en la regla o norma general, lo que para estos efectos debemos entender como una incipiente normativa en razón de las características del sujeto regulado.

- Ambas lo hacen de la misma forma, entonces se aplica aquella que genere menos costos de cumplimiento.
 - Si no lo hacen de la misma forma, se aplicará aquella más próxima en el tiempo.
- Si aquella especial del sector o actividad económica no lo hace, se aplicará esta ley.

He estimado necesario detenerme en este punto porque se hubo en algún debate en torno a un posible cambio de nombre de esta ley para que sea modificada, cambiando la palabra “especial” por “general”.

21.- Conclusiones. No consideramos recomendable, para el destino de esta ley y de las políticas destinadas a las EMT, que se acoja un debate como el anterior. Al contrario, uno de los objetivos de esta ley es generar un cambio en el regulador, de manera, que siempre pondere en las medidas que adopte y las regulaciones que promueva, este carácter especial de las empresas en razón de su tamaño. Este énfasis es prioritario para el avance que se busca, por ello, las interpretaciones deben hacerse a favor y en atención, siempre, en orden al tamaño del sujeto regulado.

Hemos desarrollado casi la totalidad de las normas que componen esta ley que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. En el curso de su análisis hemos justificado la mayoría de ellas, pero también criticado jurídicamente la conveniencia y pertinencia de otras. Finalmente propusimos una prevención tendiente a lograr una norma de interpretación a favor de las EMT.