



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO  
FACULTAD DE  
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“RELACIÓN COMERCIAL Y JURÍDICA ENTRE SUPERMERCADOS Y  
PROVEEDORES EN LA OPERACIÓN DE DISTRIBUCIÓN  
SUPERMERCADISTA”

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Alejandro Antonio E. Bustos Ibarra  
Pamela Karen González Torres

Profesor Guía: Luis Felipe Peuriot Canterini

Valparaíso, Chile. 2008.

A nuestras familias.

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO PRIMERO	
RELACION COMERCIAL ENTRE GRANDES CADENAS DE	
SUPERMERCADOS Y PROVEEDORES EN CHILE .....	
I. Sujetos de la relación .....	4
1. Supermercado .....	5
2. Proveedores .....	5
3. ASACH .....	5
4. AGIP .....	6
II. Generalidades de la relación comercial entre proveedores y supermercados .....	6
III. Abuso de posición dominante .....	8
IV. Caso: Requerimiento contra Santa Isabel S.A. ....	9
1. Antecedentes .....	9
2. Santa Isabel S.A. responde .....	10
3. Posición de la FNE .....	11
4. Decisión de la H. Comisión Resolutiva .....	12
V. Análisis de las conductas abusivas en que pueden incurrir los supermercados y sus efectos en la relación comercial .....	14
1. Ventas bajo el costo o ventas a pérdida .....	14
2. Imposición de participación en promociones .....	16
3. Aplazamiento de pago .....	16
4. Descuentos no pactados en el pago .....	16
5. Imposición de rappel .....	17
6. Imitación de productos .....	17
7. Reposición eficiente .....	18
VI. Consecuencias jurídicas de estas conductas .....	18
1. Ventas bajo el costo o ventas a pérdida .....	23
2. Imposición de participación en promociones .....	25
3. Aplazamientos y descuentos no pactados en el pago .....	25
4. Rappel .....	27
5. Sistema de Reposición .....	28
VII. Caso: Consulta de la AGIP a la H. Comisión Preventiva Central del 02 de enero de 2002. ....	31
1. Informe de la FNE .....	32
2. Traslado AGIP .....	40
3. Traslado D&S .....	40
4. Traslado Jumbo S.A. ....	44
5. Traslado ASACH .....	44
6. Sentencia n° 9/2004 .....	46
7. Comentarios .....	61
VIII. Contrato marco propuesto por la FNE .....	63
IX. Código de ética para los supermercados.....	66
1. Reacción de las grandes cadenas de supermercados .....	66
2. ¿Qué tan beneficioso podría ser para el sector una regulación de este tipo? .....	67
3. ¿Código voluntario o ley? .....	68
4. El caso chileno .....	69
4.1. Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías .....	70
4.2. ¿Cómo se originan los TCGM? .....	70
4.3. ¿Reemplazará esta autorregulación a un Código de Buenas Prácticas Comerciales? .....	76
5. Experiencia internacional .....	77
5.1. Argentina .....	77
5.2. Colombia .....	77

5.3.	España .....	78
5.4.	Francia .....	78
5.5.	Irlanda .....	78
5.6.	Portugal .....	78
5.7.	Reino Unido .....	78
5.8.	Suecia .....	80
5.9.	Código de Buenas Prácticas Comerciales Argentino .....	80
5.10.	Comentarios .....	87

## CAPÍTULO SEGUNDO

### RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE GRANDES CADENAS DE

### SUPERMERCADOS Y PROVEEDORES. CASO CHILENO .....

I.	Generalidades .....	90
II.	Actos o negocios jurídicos que integran la operación de Distribución Supermercadista entre supermercados y proveedores .....	92
1.	Figura base de la operación de distribución supermercadista. El contrato de distribución comercial .....	92
1.1.	Concepto.....	93
1.2.	Características .....	94
1.2.1.	Características comunes a todo contrato .....	94
1.2.2.	Características especiales .....	96
1.3.	Partes en el contrato de distribución .....	97
1.4.	Obligaciones y derechos de las partes .....	98
1.4.1.	Obligaciones del productor o fabricante .....	98
1.4.2.	Derechos del productor o fabricante .....	99
1.4.3.	Obligaciones del distribuidor .....	99
1.4.4.	Derechos del distribuidor .....	100
1.5.	Ventajas y desventajas del contrato .....	100
1.6.	Contrato de distribución y figuras afines .....	101
1.7.	Contrato de distribución en la operación de distribución supermercadista .....	103
1.7.1.	La orden de compra .....	103
1.7.2.	El pago del precio al proveedor .....	106
1.7.3.	La exhibición .....	107
2.	Otras figuras contractuales integrantes de la operación de distribución supermercadista .....	108
2.1.	El transporte terrestre .....	108
2.1.1.	Concepto .....	109
2.1.2.	Características .....	109
2.1.3.	Efectos del contrato de transporte terrestre .....	110
a)	Obligaciones del cargador .....	110
b)	Derechos del cargador .....	110
c)	Obligaciones del porteador .....	111
d)	Derechos del porteador .....	111
e)	Responsabilidad del porteador .....	112
f)	Obligaciones y derechos del consignatario .....	114
2.1.4.	Terminación del contrato de transporte terrestre .....	115
2.1.5.	Transporte en la operación de distribución supermercadista .....	116
2.2.	Arrendamiento de servicios .....	119
2.2.1.	Reposición o servicio de reposición .....	119
2.2.2.	Reposición y ley de subcontratación .....	124
2.3.	Arrendamiento de cosa .....	126
2.3.1.	Logro automático o rappel automático .....	127
2.3.2.	Logro manual o rappel manual .....	127
2.4.	Contrato publicitario .....	128
2.5.	Contratación electrónica .....	129
2.5.1.	¿Qué es EDI? .....	131
2.5.2.	Efectos de la implementación del sistema EDI .....	131

2.6.	Cuenta corriente mercantil .....	133
2.6.1.	Concepto de cuenta corriente mercantil .....	133
2.6.2.	Características del contrato .....	135
2.6.3.	Cuentas simples o de gestión .....	136
2.6.4.	Cosas objeto del contrato de cuenta corriente .....	136
2.6.5.	Prueba del contrato de cuenta corriente .....	136
2.6.6.	Efectos de la esencia del contrato de cuenta corriente .....	137
2.6.7.	Efectos de la naturaleza del contrato .....	138
2.6.8.	Efectos referentes a la novación .....	140
2.6.9.	Causales de terminación de la cuenta corriente mercantil .....	141
2.6.10.	La conclusión de la cuenta puede ser definitiva o parcial .....	142
2.6.11.	Plazo de prescripción .....	142
2.6.12.	La cuenta corriente mercantil y la operación de distribución supermercadista .....	143
2.6.13.	La cuenta corriente mercantil y los TCGA .....	143
3.	Figuras afines ajenas a la operación de distribución Supermercadista .....	145
3.1.	Contrato de suministro y aprovisionamiento .....	146
3.1.1.	Contrato de suministro .....	146
3.1.2.	Elementos del contrato de suministro .....	147
a)	Partes .....	147
b)	Objeto .....	148
3.1.3.	Características del contrato de suministro .....	149
3.1.4.	Suministro y aprovisionamiento .....	150
3.2.	Comisión .....	153

### CAPÍTULO TERCERO

MARCAS PROPIAS. ASPECTOS JURIDICOS .....	155
I Generalidades en relación a las marcas .....	155
II. Clasificación .....	156
1. Según el desarrollo de la marca .....	156
2. Según la naturaleza del producto .....	156
3. Según la cobertura geográfica .....	157
4. Según la propiedad .....	158
5. Atendido el poder de la marca .....	158
III. Marca propia, del distribuidor o marca blanca .....	159
1. Concepto .....	159
2. Origen .....	159
3. Desarrollo .....	160
4. Clasificación de las marcas propias .....	162
5. Éxito de las marcas propias .....	163
5.1. Causas de oferta .....	163
5.2. Causas de demanda .....	164
6. Marcas propias en Chile .....	165
7. ¿Quiénes fabrican marcas propias? .....	166
8. Actores en las marcas propias .....	167
8.1. Supermercados y marcas propias .....	167
8.2. Fabricantes y marcas propias .....	169
8.2.1. Proveedores Asociados a la AGIP .....	169
8.2.2. Pequeños y medianos proveedores .....	171
8.3. Consumidores y marcas propias .....	171
IV. Marcas propias y aspectos jurídicos .....	175
1. Etiquetado de los productos de marca propia .....	175
1.1. Dilución .....	175
1.2. Dilución en Chile. Protección a las marcas comerciales .....	177
1.2.1. Acciones penales .....	180
1.2.2. Acciones civiles .....	181
1.3. Marcas propias y dilución .....	184

1.4.	Caso: Nestlé y Unimarc. Similitud en los etiquetados .....	185
2.	Relación contractual entre el supermercado y el fabricante de su marca propia. Naturaleza jurídica .....	189
2.1.	La fabricación y adquisición del producto bajo marca propia del supermercado, considerados como un acto aislado .....	189
2.1.1.	Observaciones previas .....	189
a)	El producto con marca propia es adquirido en virtud de un contrato de confección de obra .....	190
b)	El producto con marca propia es adquirido en virtud de un contrato de compraventa mercantil .....	197
2.1.2.	Ventajas y desventajas de una y otra teoría .....	197
2.1.3.	La marca y el producto .....	198
2.2.	La fabricación y adquisición del producto bajo marca propia, en el marco de una relación continua entre el fabricante y el supermercado dueño de la marca .....	198
	CONCLUSIONES .....	200
	BIBLIOGRAFÍA .....	205
	ANEXOS .....	212

## **INTRODUCCIÓN**

Existen relaciones comerciales de las que diariamente somos testigos e incluso, sin saberlo, partícipes.

Así ocurre dentro de la relación comercial que mantienen las cadenas de supermercados y los proveedores. En ella nosotros no intervenimos de manera directa, pero asumimos un importante rol, somos los consumidores finales, destinatarios de una compleja operación dirigida a la comercialización al detalle de mercaderías.

Cuando retiramos un producto de la góndola de un supermercado y pagamos en caja un precio por él, no imaginamos la serie de actos jurídicos que han tenido lugar para que ello sea posible, ni los que derivarán de ese hecho. Ese producto, previamente, ha sido fabricado, comprado, transportado, ubicado y publicitado obedeciendo a una logística particular.

Lograr que el producto que necesitamos y queremos esté en la vitrina de un determinado retailer es el fruto de negociaciones entre proveedores y supermercados, que han implicado previamente acuerdos, desacuerdos, discusiones, abusos, presiones y transgresiones al ordenamiento jurídico que han hecho necesaria la intervención de la autoridad económica.

Así las cosas, en Chile la relación comercial y contractual entre las grandes cadenas de supermercados y sus proveedores se ha perfilado sobre la base de estos acuerdos, desacuerdos y pronunciamientos de los tribunales competentes.

El contenido de los actos jurídicos necesarios para que los productos lleguen a las góndolas, se encuentra revestidos en muchos casos de oscuridad e incertidumbre.

Imposible es para nuestro legislador ponerse en todas las hipótesis de hecho susceptibles de acontecer en una relación comercial. Más aún, considerando la flexibilidad y dinamismo con que se mueve el mundo mercantil, las normas existentes se tornan muchas veces insuficientes.

Dado lo anterior, el sentido y alcance de los efectos de los actos jurídicos entre los supermercados y proveedores, y la legislación aplicable, es que se generan múltiples interrogantes.

Por su parte, la doctrina brinda pistas para desentrañar algunos aspectos particulares que se suscitan en esta compleja relación, pero nada hay escrito que abarque este fenómeno en su conjunto.

En la medida de lo posible, el presente trabajo tiene por finalidad analizar la industria supermercadista y proveedora. Para ello ha sido necesario, previamente, exponer los hechos que han influido en el desarrollo de esta relación, para luego ir planteando el derecho aplicable a esta particular relación, y cuando no, ofreciendo algunas luces para su determinación.

Para estos efectos, dividiremos el análisis del tema en tres grandes capítulos.

El primero de ellos está destinado al examen de la relación netamente comercial que liga a los sujetos de esta relación, a saber, las grandes cadenas de supermercados y los proveedores. Se expondrá como actualmente se desarrolla esta relación, con señalamiento pormenorizado de los hechos más significativos dentro de esta dinámica, y las dificultades a que ha dado lugar, aludiendo a las principales intervenciones de la autoridad económica para normar este sector. Para estos efectos, nos ha parecido acertado incorporar íntegramente dentro del cuerpo del capítulo una sentencia que, a nuestro juicio, es la más relevante dictada en esta materia hasta el día de hoy. Asimismo, hemos considerado útil para nuestro análisis, insertar el texto completo del Código de Buenas Prácticas argentino, que regula la relación entre la industria supermercadista y los proveedores en aquel país.

En el segundo capítulo repararemos en la relación contractual que vincula a estos sujetos, haciendo especial énfasis en la noción de operación comercial que surge a raíz de la distribución de mercaderías. Señalaremos los actos jurídicos que, a nuestro entender, forman parte de esta operación, y haremos mención a las principales consecuencias jurídicas que de ellos derivan.

Finalmente, en el capítulo tercero, abordaremos el tema de las marcas propias. Explicaremos su origen, desarrollo y como su introducción ha repercutido en la relación proveedor-distribuidor.

Frente a la relación existente entre proveedores y supermercados, la doctrina argentina ha sostenido *“El supermercadismo ataca con un instrumento innominado y*

*jurídicamente in encuadrable, y los proveedores simplemente atinan a defenderse de ese fenómeno entre la sorpresa y el desconcierto”.*<sup>1</sup>

A continuación, veremos en qué medida esta afirmación resulta aplicable al caso chileno.

---

<sup>1</sup> Empresa Argentina de Cobranza S.A. “*Ventas en Retail*”:  
<<http://www.emacsa.com.ar/news/ventas%20en%20retail.pdf>>

# CAPÍTULO PRIMERO

## **RELACION COMERCIAL ENTRE GRANDES CADENAS DE SUPERMERCADOS Y PROVEEDORES EN CHILE.**

Para analizar la naturaleza del vínculo jurídico que une a proveedores y supermercados, que trataremos en el capítulo siguiente, es menester que previamente hagamos una referencia a la relación comercial existente entre estos actores, es decir, al vínculo económico y funcional que los une en la cadena de producción del bien hasta su adquisición por el consumidor final y, junto a ello, a los distintos acontecimientos que han influido en el devenir de esta relación.

### **I. SUJETOS DE LA RELACIÓN.**

La distribución comercial corresponde a la última pieza en el proceso de producción. Sería ideal para el productor o fabricante controlar todas y cada de sus etapas incluyendo la distribución del producto que elabora. Sin embargo, no siempre puede hacerlo, especialmente cuando los costos de distribuir superan al beneficio por ello obtenido. En tales casos, acude a un tercero denominado distribuidor.<sup>2</sup>

Conforme lo anterior, los sujetos que integran la relación jurídica y comercial en estudio son dos, a saber, el proveedor y el supermercado. Sin perjuicio de ello, en Chile existen otros dos actores que juegan un importante rol en esta relación y que es menester mencionar; se trata de ASACH, que ha sido la voz de los pequeños y medianos supermercados minoristas, y de la AGIP, gremio que representa a los más importantes proveedores a nivel nacional.

---

<sup>2</sup> Ver Lira Domínguez, María Loreto: “Cambios en la Industria de los Supermercados”. Pág. 151.

## **1. Supermercado:**

La Asociación Gremial de Supermercados de Chile (ASACH) define supermercados como *“Un sistema de venta donde el público consumidor encuentra para satisfacer sus necesidades una gran variedad de productos comestibles y no comestibles, para su consumo o uso habitual en el hogar. Los productos se exhiben para su evaluación y selección sin la intervención de terceros, bajo una modalidad de autoservicio. Se paga por los productos a la salida”*.<sup>3</sup>

## **2. Proveedores:**

*Son aquellas personas físicas o jurídicas que surten a la empresa de existencias (mercaderías, materias primas, envases, etc.), que posteriormente ésta venderá, transformará o elaborará*.<sup>4</sup>

Para D&S *“Proveedor es toda y cualquier persona natural o jurídica, con domicilio en el territorio de la república de Chile, que por causa de una orden de compra aprovisione de productos a una o más filiales D&S, en forma eventual, ocasional, esporádica o periódica. El término proveedor, sin otra distinción, incluye a los proveedores de menor tamaño”*.<sup>5</sup>

Quedan incluidos en este concepto tanto los fabricantes de los productos a distribuir, como también los distribuidores mayoristas que surten de mercaderías a los minoristas, y los importadores.

## **3. ASACH:**

Asociación Gremial de Supermercados de Chile, entidad que agrupa prácticamente a la totalidad de este tipo de establecimientos.

ASACH forma parte de la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile. Asimismo, representa al gremio ante las Autoridades del Sector Público, manteniendo un permanente contacto con los Ministerios de Economía, del Trabajo y Previsión Social, de Hacienda, y servicios públicos dependientes, como Dirección del Trabajo, Sernac, etc.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> ASACH: <[www.asach.cl](http://www.asach.cl)>

<sup>4</sup> Contabilidad.tk <[www.contabilidad.tk](http://www.contabilidad.tk)>

<sup>5</sup> D&S: *“Términos y Condiciones generales de Aprovisionamiento de Mercaderías”*. [www.dys.cl](http://www.dys.cl), Pág.8.

<sup>6</sup> ASACH: [www.asach.cl](http://www.asach.cl)

#### 4. AGIP:

Asociación Gremial de Industrias Proveedoras, que reúne a 30 empresas, a saber: Agrícola Ariztía, Agrosuper, Tucapel, Bacardi Martini Chile, Beiersdorf, Black & Decker, Cecinas San Jorge, Coca Cola Embonor, Colgate – Palmolive, Comercial F.H. Engel S.A., Clorox Chile, CMPC Tissue, Cooperativa Agrícola Pisquera Elqui, Diageo Chile, Embotelladora Andina, Empresas Carozzi, Empresas CCU, Evercrisp, Ideal, Importadora Café Do Brasil, Licores Mitjans, L’Oreal Chile, Nestlé Chile, Pesquera San José, Procter & Gamble, SC Johnson & Son, Soprole, Tresmontes, Unilever Chile y Watt’s.<sup>7</sup>

A través de esta asociación los principales proveedores de Chile han hecho frente a la industria supermercadista. Su actual presidente es el abogado Vasco Costa Ramírez.

## II. GENERALIDADES DE LA RELACIÓN COMERCIAL ENTRE PROVEEDORES Y SUPERMERCADOS.

Como señalábamos, el productor o proveedor de un producto, en general, no dispone del grado de especificidad y logística necesaria para llegar al consumidor final, sin incurrir en altos y riesgosos costos operacionales que superan el beneficio obtenido con ello, por lo que acude a un tercero dedicado específicamente a dicha función.

Recurrir a este tercero, el supermercado, no implica la completa desaparición del proveedor; de hecho, no desea hacerlo. A pesar de no tener la capacidad para llevar a cabo él mismo la distribución, el proveedor quiere controlarla, de forma tal que se propenda al mayor posicionamiento de su producto en el mercado y le otorgue un flujo de ventas constante. Esto genera negociaciones contractuales entre proveedores y distribuidores, negociaciones que se han denominado “*restricciones verticales*”, tales como: precio mínimo de venta al público, imposición de no vender determinados productos de la competencia, venta de un número mínimo de unidades al público, entre otras.

Está claro que es lo que quiere el proveedor; pero ¿qué quiere el distribuidor? Exactamente lo contrario. El distribuidor ambiciona hacerse cargo de la comercialización del producto de la manera que él estime conveniente.

---

<sup>7</sup> Ver Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo:  
[http://www.cep.cl/Cenda/Cen\\_Documentos/Cartas\\_Semanales/2006/20060917\\_Colosos.doc](http://www.cep.cl/Cenda/Cen_Documentos/Cartas_Semanales/2006/20060917_Colosos.doc)

La concentración en el mercado de la distribución produjo un cambio en las relaciones con los proveedores, a mayor concentración de esta industria menor poder de los proveedores para imponer restricciones verticales.

Como la industria de la distribución se concentró en los supermercados, son éstos quienes ahora detentan un mayor poder para negociar con los proveedores, sobre todo tratándose de los pequeños.<sup>8</sup>

¿Se habrá producido efectivamente un desplazamiento de poder desde los proveedores hacia los distribuidores?

Para la doctrina extranjera no está completamente comprobado que, a consecuencia de esta concentración, se haya producido un desplazamiento de poder, desplazamiento que se mediría a través de las rentabilidades relativas de los retailers en relación con los proveedores.<sup>9</sup>

Farris y Ailawadi fueron los primeros en cuestionar este supuesto desplazamiento, para ello analizaron las utilidades de productores y distribuidores, llegando a la conclusión que estas no arrojaban un efectivo desplazamiento de poder. Sin embargo, este análisis fue efectuado comparando las utilidades de los retailers con grandes proveedores. Mientras que respecto de los pequeños los resultados variaron, lo cual podría llevarnos a concluir que el tamaño de la empresa proveedora es un factor a considerar a la hora de negociar con un retailer.<sup>10</sup>

Por su parte, Bloom y Perry detectaron que aquellos productores que vendían a retailers poderosos no obtenían necesariamente menores utilidades que aquellos que no lo hacían. Los autores citados afirmaron que los grandes proveedores que fueron capaces de desarrollar una buena relación con un gran distribuidor, como Wal-Mart, pudieron tener un mejor desempeño financiero y extraer más utilidades del mercado que sus competidores que no desarrollaron tal vínculo. Por tanto, de acuerdo a este estudio, fue conveniente para los proveedores establecer buenas relaciones con Wal-Mart, ya que a pesar de tener que cumplir con grandes exigencias en precios y tiempos de despacho, entre otros, pudieron mejorar su

---

<sup>8</sup> Ver Lira Domínguez, María Loreto: Ob. Cit. Pág. 152.

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> Ver Farris, P. y K. Ailawadi: "Retail Power: Monster or Mouse?" *Journal of Retailing*, Vol. 68, N° 4 (1992), pp. 351-369.

participación en el mercado. Por esta razón un proveedor decía: “*Sólo hay una cosa peor que venderle a Wal-Mart, no vender a Wal-Mart*”.<sup>11</sup>

“La falta de evidencias empíricas de este desplazamiento de poder desde proveedores a distribuidores podría deberse a que frente a la concentración de la industria de distribución los proveedores se han ido adaptando, aumentando la eficiencia de sus procesos productivos, lo que les ha permitido mantener o incluso incrementar sus rentabilidades. A ello podríamos sumar la creciente tendencia hacia la concentración y organización de los proveedores, que impediría la materialización efectiva de un desplazamiento de poder”.<sup>12</sup>

“Finalmente podríamos argumentar que, en efecto, ha tenido lugar el desplazamiento de poder al que hemos estado haciendo referencia, pero éste no se ha visto reflejado en un aumento de la rentabilidad de los distribuidores, ya que todos los beneficios han sido traspasados a los consumidores como consecuencia de la fuerte competencia que existe en esta industria”.<sup>13</sup>

### **III. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.**

En nuestro país se ha sostenido que la creciente concentración en la industria de los supermercados ha producido el efecto de otorgarles a éstos un inusitado poder a la hora de negociar con los proveedores. Poder que, a juicio de algunos, ha desembocado en abusos de su posición dominante.

En efecto, los proveedores llevan bastante tiempo reclamando que los supermercados les imponen condiciones que atentan contra la libre competencia. Por ejemplo, en 1999 D&S, cadena dueña de los supermercados LIDER, EKONO Y ALMAC, amplió unilateralmente los plazos de pago de 30 a 90 días. Mientras que el año 2003 CENCOSUD hizo lo suyo al solicitarles a los proveedores un aporte equivalente a 25 millones de dólares para financiar su adquisición de Santa Isabel S.A. La actitud anteriormente descrita de CENCOSUD motivó un requerimiento pronunciado por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) ante la H. Comisión Resolutiva con fecha 17 de Septiembre de 2003, que revisaremos a continuación.

---

<sup>11</sup> Ver Bloom, P. y V. Perry: “Retailer Power and Supplier Welfare: The Case of Wal-Mart”. *Journal of Retailing*, N° 77 (2001), pp. 379-396.

<sup>12</sup> Lira Domínguez, María Loreto. Ob. Cit. Pág. 153.

<sup>13</sup> *Id.*

#### IV. CASO: REQUERIMIENTO CONTRA SANTA ISABEL S.A.

##### 1. Antecedentes:

El 07 de Agosto de 2003, Pablo Castillo Prado, Gerente de Administración y Finanzas de Santa Isabel S.A., envió una carta a los proveedores de la cadena de supermercados de dicha empresa para comunicar lo siguiente:

1°. El 31 de Julio de 2003 Cencosud S.A. había tomado el control accionario de Santa Isabel S.A.

2°. Para hacer frente a esa situación señaló *“nos vemos en la necesidad de solicitarle un aporte financiero equivalente al 5% del monto correspondiente a las recepciones de mercaderías en Santa Isabel S.A. en el período comprendido entre el 1 de Julio de 2002 y el 30 de Junio de 2003”*.

3°. El 14 de Agosto de 2003 Santa Isabel S.A. pagará el 70% del valor de las facturas vencidas por mercaderías recibidas hasta el 31 de Julio y el 70% del valor de las facturas vigentes a dicha fecha por mercaderías recibidas hasta el 31 de Julio de 2003 se pagarán en las fechas de pago que correspondan al vencimiento de cada factura.

4°. Los montos retenidos, en virtud de lo señalado precedentemente, se utilizarán por Santa Isabel S.A. como abono a cuenta del aporte financiero mencionado en el punto primero.

Esta carta no fue bien recibida por los entonces proveedores de Santa Isabel S.A., quienes no dudaron en calificar tal solicitud como *“un gran error que pone en evidencia un abuso por el poder de compra”*.

A raíz del revuelo generado por la carta, los proveedores recordaron que no era primera vez que Santa Isabel recurría a este mecanismo. Ya el 2001 había solicitado aportes para adquirir “Agas”, aunque la situación no fue exactamente igual pues, en ese entonces, hubo una negociación previa con los proveedores, quienes se vieron favorecidos con la adquisición, ya que ello les permitió ampliar sus canales de distribución y hacer frente al poder de compra de D&S. En cambio, ahora se les estaba solicitando, sin negociaciones previas, un aporte financiero del 5% de las recepciones de mercadería en Santa Isabel entre el 1 de julio de 2002 y 30 de junio de 2003. Algunos señalaron que tal aporte estaba fuera del ámbito legal e incluso tributario pues –a su juicio- las ventas ya habían sido realizadas.

En consideración a lo expuesto, la FNE formuló requerimiento contra Santa Isabel S.A. el 17 de septiembre del año 2003 a fin de que la H. Comisión Resolutiva declarase que los hechos, actos y convenciones que la requerida propuso y pretendió imponer a través de la referida carta, tendieron a impedir la libre competencia, solicitando, por tanto, la aplicación de las sanciones correspondientes.

**2. Santa Isabel S.A. responde.**

Oficiada por la FNE Santa Isabel S.A. informó lo siguiente:

La toma de control por parte de Cencosud S.A. se verificó el 31 de Julio de 2003, fecha en la cual la nueva administración, atendido el cuantioso saldo pendiente de Santa Isabel con sus proveedores, verificó el estado de situación de todas sus cuentas, comprobando que mantenía \$22.000 millones en facturas impagas, equivalentes al 17% de las compras anuales a proveedores. El saldo vigente ascendía a otros \$21.500 millones de pesos.

A pesar de la mora en el pago de las facturas, ninguno de los proveedores había interrumpido el despacho de mercadería.

Tal actitud fue interpretada por la nueva administración en el sentido que las deudas habían aumentado por cuenta y riesgo de los proveedores, quienes conociendo la situación de la empresa y afrontando la eventualidad de convertirse en acreedores valistas no suspendieron sus despachos, debido probablemente a la confianza que les inspiraba quien sería el nuevo controlador (ya que a esas alturas, el interés y las gestiones de Cencosud eran públicamente conocidas).

La deuda total con los proveedores ascendía a la suma de \$43.500 millones de pesos, en circunstancia que una deuda normal habría alcanzado a menos de la mitad de esa cifra y que la empresa no podía proceder a pagar una deuda que no se encontraba debidamente conciliada.

En este contexto, a fin de salvar una deuda generada principalmente por la continuidad de despachos fuera de las condiciones normales de pago, se envió con fecha 07 de Agosto de 2003 una carta a los proveedores solicitando el aporte.

Por lo demás, para no perjudicar a los proveedores pequeños, titulares de saldos acreedores proporcionalmente mayores que los de los grandes proveedores, propuso

efectuar un descuento sobre las ventas del año anterior y no sobre los referidos saldos, con la intención de distribuir equitativamente el peso de la solución sobre todos los proveedores, quienes al margen de sus respectivos convenios individuales, habían consentido en el fuerte aumento de sus acreencias vencidas.

Finalmente Santa Isabel S.A. terminó reconociendo la errada redacción de la carta, la que aludía a condiciones que podían mal interpretarse y reconoció que la forma de pago ofrecida era inapropiada pues podía producir inconvenientes en sus relaciones con los proveedores y con la propia autoridad del sector. A consecuencia de lo anterior decide retractarse de esa fórmula, lo que es comunicado a los destinatarios de la carta original el día 14 de Agosto de 2003.

### **3. Posición de la FNE**

No obstante la retractación de Santa Isabel S.A., la FNE estimó que la conducta adoptada por aquella excedió el marco legal, toda vez que debió advertir anticipadamente a los proveedores (cuando Cencosud negociaba para la toma de control) sobre su intención de actuar del modo en que lo hizo, de manera que ellos pudiesen elegir entre abstenerse de seguir atendiendo pedidos o aceptar las nuevas condiciones.

Como se señaló, en agosto del año 2003 Santa Isabel S.A. comunicó a sus proveedores la decisión de imponer unilateral y retroactivamente una modificación sustancial en todos los contratos ya perfeccionados con sus proveedores, no obstante haber cumplido éstos como vendedores su obligación de entregar y facturar (con pago de impuesto) al precio convenido las mercaderías compradas por dicho supermercado, y que éste ya había vendido a los consumidores finales en el año anterior. Así las cosas, Santa Isabel S.A. pretendió eludir la compensación por el atraso en los pagos por los productos ya adquiridos y, además, exigió a sus proveedores un importante aporte financiero, que no tenía contraprestación alguna por parte de la requerida, es decir, carente de causa económica y jurídica.

Por las razones ya expuestas, se estimó que Santa Isabel S.A. atentó contra la libre competencia, ejerciendo abusivamente su poder de mercado, prueba de ello es que la proposición fue realizada cuando esta cadena ya formaba parte del grupo Cencosud y en la carta enviada a los proveedores advierten: “Cencosud ha pasado a administrar en forma

conjunta las cadenas Jumbo y Santa Isabel, que representan aproximadamente un 20% del mercado”.

La FNE consideró además inaceptable que la propuesta de Santa Isabel se fundase en sus propias falencias financieras y no le pareció verosímil que Cencosud haya desconocido el estado contable-financiero en que se encontraba la empresa. Confirma lo anterior la consistencia entre las cifras citadas en la respuesta de Santa Isabel y las que con anticipación manejaba la prensa. Por lo demás, para financiarse, estimó que Santa Isabel pudo recurrir a las vías habituales bancarias o financieras o bien, hacer un incremento de capital.

En vista de lo anterior, la FNE solicitó a la H. Comisión Resolutiva tener por interpuesto el requerimiento contra Santa Isabel S.A., declarando que los hechos, actos y convenciones que la requerida propuso y pretendió imponer a través de la carta del 07 de Agosto de 2003 a sus proveedores, tendió a impedir la libre competencia en el mercado de los proveedores y supermercados, exigiendo también aplicar a ésta una multa proporcional a la gravedad de la infracción cometida, estimada en U.T.M. 1000.<sup>14</sup>

#### **4. Decisión de la H. Comisión Resolutiva.**

El 23 de Enero de 2004 la H. Comisión resolutiva se pronunció, acogiendo el requerimiento formulado por la FNE en contra de Santa Isabel S.A., condenando a ésta a pagar una multa de 1.000 unidades tributarias mensuales. Entre otras consideraciones señaló:

*“Que las relaciones económicas que deben analizarse para juzgar el comportamiento de la requerida, tienen relación, más bien, con el control de ciertos canales de distribución que llegan al consumidor final, los supermercados, que constituyen establecimientos que tienen un conjunto de características propias combinadas, que no resultan comparables con otros canales de distribución o venta de productos. Estos caracteres son, a saber, entre otros, el espacio que ocupan - "grandes superficies" -, su amplio inventario, apariencia física de sus dependencias, forma de presentación de los productos y los servicios ofrecidos al cliente.*

---

<sup>14</sup> Ver FNE: <[www.fne.cl/?content=notes&db=jurispru&view=f81156e731dc3a808425733e005de0c3](http://www.fne.cl/?content=notes&db=jurispru&view=f81156e731dc3a808425733e005de0c3) - 27k>

*Que, en consecuencia, el mercado relevante para los efectos de esta investigación y para poder determinar los efectos de la conducta desplegada por Santa Isabel, está constituido por los canales de distribución que tienen las características antes señaladas y que son los "supermercados.*

*Que del mérito de autos no resulta concluyente, desde un análisis del nivel de participación de mercado de los actores, que un 20% de participación pueda derivar necesariamente en una posición de dominio del grupo Santa Isabel-Jumbo, habida cuenta, además, de la información que se ha proporcionado respecto de los porcentajes que representa Santa Isabel – si bien por sí sola y no en conjunto con Jumbo - en las ventas de cada uno de los proveedores.*

*Que Santa Isabel, al obrar como lo hizo, demostró que tenía certeza de que, a pesar de la envergadura de los cambios propuestos en la carta y los términos redactados a modo de cláusulas de adhesión, iba a obtener la aprobación o al menos la adscripción tácita a tales cláusulas por una cantidad relevante de proveedores, cumpliendo con su propósito de rebajar sus deudas vencidas con terceros. Este comportamiento, como quiera que con posterioridad haya sido revisado por la requerida, refleja que los representantes que tomaron la decisión, tenían plena certeza de su capacidad para redefinir las condiciones hasta esa fecha prevalecientes en sus relaciones con los proveedores, sin mediar aviso o negociación previa, resultado que evidentemente no hubiera sido logrado bajo otras circunstancias y bajo otras condiciones de mercado.*

*Que esta conducta sólo fue posible de ser ejecutada dada la posición que representaba este canal de distribución para todos sus proveedores, y, en particular, respecto de aquellos que tenían menores posibilidades de comerciar con otros canales de la envergadura que representan Santa Isabel y Jumbo, en conjunto.*

*Que del análisis de los hechos que acontecieron luego de la toma de control de Santa Isabel S.A. por Cencosud S.A., se desprende que el comportamiento manifestado en la carta enviada el día siete de agosto de dos mil tres, obedece a una conducta que en los hechos constituyó el ejercicio de un poder de mercado respecto de sus proveedores ya que tenía la potencialidad de producir efectos que alterarían en forma substancial las condiciones de competencia, en particular, en lo referente a las relaciones de los proveedores afectados con uno de sus principales canales de distribución.*

*Que para esta Comisión, independientemente del nivel de participación de mercado de la requerida o del grupo económico al cual pertenece, se ha demostrado que, en los hechos, se ejerció un poder de mercado proveniente del control que detentaba la requerida, conjuntamente con su matriz, del segundo canal de distribución con mayor relevancia en el mercado de los supermercados”.*<sup>15</sup>

## **V. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS ABUSIVAS EN QUE PUEDEN INCURRIR LOS SUPERMERCADOS Y SUS EFECTOS EN LA RELACIÓN COMERCIAL.**

La dependencia económica en que se encuentra la mayoría de los proveedores respecto de las grandes cadenas de supermercados ha dotado a estos últimos de un poder de compra, el cual les ha permitido negociar en una posición bastante ventajosa pudiendo imponer sus condiciones a quienes no están en situación de discutir las cláusulas propuestas, muy similar a la figura de un contrato de adhesión.

En este contexto, los supermercados han ido desarrollando ciertas conductas que han sido calificadas por la autoridad del ramo como abusivas de su posición de mercado y atentatorias a la libre competencia. Así tenemos:

### **1. Ventas Bajo El Costo o Ventas a Pérdida.**

Como su nombre lo indica, esta conducta consiste en que el comerciante ofrece productos al público a un precio menor al de adquisición. Este fenómeno también es conocido como “precios predatorios”.

Para poder comprobar si estamos frente a esta conducta, es necesario tener en consideración un elemento objetivo y otro subjetivo. El primero de ellos consiste en la relación entre el precio de venta y el costo o precio de adquisición. El segundo atiende a la intención de la empresa que incurre en la venta a pérdida. Dentro del elemento subjetivo debemos distinguir si la fijación de precios bajo el costo tiene la finalidad de eliminar competencia o discriminar precios para extraer una renta del consumidor abusando de un

---

<sup>15</sup> FNE:

<<http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/89B5CBF12E6D83B408256E300068284F?OpenDocument>>.

poder de mercado, o bien, si tiene por finalidad dañar la reputación de la marca del proveedor.<sup>16</sup>

Lo que motiva estas ventas no es sino una estrategia comercial del supermercado para atraer a los consumidores, esta estrategia se conoce como marca señuelo.<sup>17</sup>

Aún cuando no posean un lineal permanente que ofrezca aparatos electrodomésticos, algunos hipermercados alimenticios venden, sin embargo, lavadoras o heladeras una o dos veces al año, a propósito de campañas especiales de “promoción”. Presentan durante quince o veinte días, generalmente en un stand especial, algunos aparatos de una o dos marcas muy conocidas del público rompiendo espectacularmente su precio de venta al público.<sup>18</sup>

Las consecuencias de esta estrategia son decisivas desde el punto de vista de las marcas vendidas por el hipermercado. En efecto, el hipermercado que realiza estos descuentos ocasionales rebaja los electrodomésticos para atraer la atención del cliente hacia su tienda. El mecanismo funciona a condición de que la marca “promocionada” sea muy conocida y que el precio anunciado por aparato sea muy bajo. El consumidor atraído al lugar por el interés de la oferta, es luego guiado por el hipermercado de manera que sea disuadido de comprar el aparato expuesto y se desvíe hacia otros lineales que son los habituales, esencialmente alimenticios del hipermercado. El consumidor que llegó para comprar un lavaplatos último modelo se irá con yogures. Es precisamente esto lo que pretende el hipermercado alimenticio al realizar descuentos en electrodomésticos. No desea vender electrodomésticos de forma regular, ni invertir en servicio posventa y stocks”.<sup>19</sup>

Como es de apreciar, para ejecutar esta estrategia es necesario valerse de una marca reconocida por el público, el supermercado actúa como un “free riding”, beneficiándose a costa del titular de la marca, quien, por cierto, deberá abocarse luego a la tarea de reconstruir su imagen.

Ahora, no necesariamente se promociona un producto a fin de atraer al consumidor y luego venderle otra cosa distinta. Es posible atraer al consumidor con un producto determinado y de reconocida marca a un precio conveniente para así lograr que el consumidor acuda a la tienda y termine llevándose la misma categoría de producto, por

---

<sup>16</sup> Ver Martínez Medrano, Gabriel: “Control De Los Monopolios y Defensa De La Competencia”. Pág.115.

<sup>17</sup> *Id.*

<sup>18</sup> Francois Dupuy y Jean-Claude Thoenig “La Marca y el Intercambio”. Pág. 109.

<sup>19</sup> Martínez Medrano, Gabriel y Soucasse, Gabriela: “La Marca Blanca y la Venta a pérdida”.

<<http://www.dpi.bioetica.org/docdpi/medrano4.htm>>

ejemplo, una caja de detergente, pero de otra marca distinta a la ofertada, que le deje al supermercado un mayor margen de ganancia.<sup>20</sup>

## **2. Imposición de participación en promociones.**

“También es común que los supermercados exijan a sus proveedores contribuir a financiar promociones, no pocas veces después de haberse efectuado éstas, con lo cual generan incertidumbre respecto del precio y demás condiciones en que finalmente compran.

Sabemos que la incertidumbre acerca del precio distorsiona ciertos pilares del mercado y, por ende, de la competencia, esto es, la disponibilidad de información y el incentivo a la inversión, provocando el desplazamiento de proveedores y, otra vez, una pérdida del bienestar social”.<sup>21</sup>

## **3. Aplazamiento de pago.**

La FNE ha sostenido que “es frecuente que los supermercados aumenten, sin previo acuerdo, los plazos de pago a sus proveedor, en un proceso que está en pleno desarrollo, siempre en perjuicio de éstos, pasando desde los 44 a los 80 días de aplazamiento promedio en un lapso de dos años.

Con esta práctica se produce el efecto de incertidumbre que hemos visto en las otras pero, además, se genera una escalada de incumplimiento de obligaciones, con un enorme perjuicio social, tanto en términos monetarios como culturales”.<sup>22</sup>

## **4. Descuentos no pactados en el pago.**

Se ha denunciado por la fiscalía que al atraso cada vez mayor en el pago a proveedores se suman diversos descuentos al precio que finalmente reciben, por conceptos tales como publicidad, “posibles” mermas, inauguración y hasta remodelación de locales.

También esta práctica, que ha sido reiterada, pública y notoria, contribuye a aumentar la incertidumbre y las asimetrías en la industria del abastecimiento.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Francois Dupuy y Jean-Claude Thoenig. Ob. Cit.

<sup>21</sup> FNE:

<<http://mail.fne.cl/db/actualidad.nsf/88f4113ea5bc795b8425733e00712d52/76EF59ADE13C3ADA88256EA80061505F?OpenDocument>>

<sup>22</sup> FNE:

<<http://mail.fne.cl/db/actualidad.nsf/88f4113ea5bc795b8425733e00712d52/76EF59ADE13C3ADA88256EA80061505F?OpenDocument>>

<sup>23</sup> *Id.*

## 5. **Imposición de Rappel.**

El rappel o cobro manual es, según la cadena de supermercados D&S, un “cobro variable pactado libremente con los proveedores en razón de actividades adicionales comerciales implementadas en los Supermercados, el cual tiene como contraprestación para el Proveedor la exhibición temporal o adicional de Productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes que les permiten incrementar sus ventas (especialmente, cabeceras de góndolas, mini cabeceras, islas en pasillos centrales o laterales, muros, canastillos, mecanismos publicitarios en góndolas destinados a destacar el Producto, etc.) y/o la publicación de los Productos en catálogos especiales. Este cobro mensual puede corresponder a una cantidad fija acordada caso a caso o a un porcentaje variable del Sell Out<sup>24</sup> de los Productos durante un período de tiempo, dependiendo de la actividad o Producto negociado”.<sup>25</sup>

Necesario es señalar que, como se verá, no siempre se trata de un cobro “pactado libremente”, y en ello radica precisamente el carácter abusivo de la conducta en comento. Así, la autoridad económica ha informado sobre el particular que los supermercados, especialmente los de las cadenas más poderosas, han instaurado el cobro de una especie de comisión, del orden del 4% y más del precio de venta al público, por cada producto de un determinado proveedor que “pasa por caja”, que justifican en la puesta a disposición, para los proveedores, de su infraestructura de ventas al público.<sup>26</sup>

## 6. **Imitación de Productos.**

Los supermercados, particularmente las grandes cadenas, vienen desarrollando desde hace más de una década la elaboración de productos rotulados con la marca propia del retailer.

La introducción de estos productos ha generado conflicto con la autoridad económica y con los más importantes proveedores, fundamentalmente por el etiquetado de éstos, sospechosamente parecido al de marcas tradicionales.

---

<sup>24</sup> Sell out: Precio al que las filiales D&S compran a los proveedores sus productos multiplicado por el número de dichos productos vendidos a los consumidores finales en los supermercados. [www.dys.cl](http://www.dys.cl) “Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías”. Mayo de 2007.

<sup>25</sup> D&S: “Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías”. [www.dys.cl](http://www.dys.cl)

<sup>26</sup> Ver FNE:

<<http://mail.fne.cl/db/actualidad.nsf/88f4113ea5bc795b8425733e00712d52/76EF59ADE13C3ADA88256EA80061505F?OpenDocument>>

El origen, evolución y efectos de estos productos será desarrollado en el capítulo III del presente trabajo.<sup>27</sup>

## 7. **Reposición Eficiente.**

D&S ha manifestado que la reposición o servicio de reposición es *la acción y efecto de colocar mercaderías en los espacios habilitados para su comercialización en una sala de ventas de un supermercado, por el hecho de faltar dichas mercadería o ser necesario su reemplazo por razón de haber sido tomadas por un cliente o por cualquier otra causa.*<sup>28</sup>

El servicio es perjudicial en la medida que se le impone al proveedor, impidiéndole realizar la reposición a través de personal propio. En un comienzo D&S pretendió implementar un sistema de reposición con estas características, pero luego, después del rechazo manifestado por el gremio proveedor y la intervención de la autoridad económica, resolvió establecer dos tipo de reposición, una interna y otra propia.

## VI. **CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE ESTAS CONDUCTAS.**

Independientemente de los nocivos resultados que el desarrollo de tales conductas pueda ocasionar en la relación comercial entre proveedor y distribuidor, hay consecuencias jurídicas que se producen y que debemos analizar.

Partiendo de la base que hay entre las partes un contrato, concluimos que de éste emanan dos fundamentales consecuencias: la fuerza obligatoria del mismo y su ejecución de buena fe.<sup>29</sup>

En efecto, el artículo 1545 del Código Civil nos dice *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Lo anterior implica que una vez celebrado, el contrato es intangible, no puede dejarse sin efecto ni ser modificado unilateralmente.

No obstante lo señalado, en la actualidad es usual que el contrato comercial celebrado entre el proveedor y el retailer sea posteriormente modificado unilateralmente por este último; así se ha constatado en diversas denuncias de la FNE. De esta manera, luego de perfeccionado el contrato, el supermercado impone a sus proveedores

---

<sup>27</sup> Ver *Infra* Pág. 155.

<sup>28</sup> D&S: *“Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento”*. [www.dys.cl](http://www.dys.cl)

<sup>29</sup> Ver Alessandri Rodríguez, Arturo: *“Derecho Civil: De los Contratos”*. Pág. 60 y siguientes.

participación en promociones, aplaza las fechas de pago previamente convenidas, y/o efectúa descuentos que no se conversaron a la hora de contratar.

Con ello se vulnera no sólo “la ley del contrato”, sino que además el principio de ejecución de buena fe que consagra el artículo 1546 del Código Civil, de acuerdo al cual *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”*.

Sabemos que existen dos clases de buena fe, la subjetiva y la objetiva. En este caso el supermercado estaría faltando a la buena fe objetiva, que consiste en el deber de lealtad, rectitud y corrección que deben observar las personas en sus relaciones jurídicas y que el medio les impone como socialmente obligatorias en el momento y lugar de la celebración del contrato.<sup>30</sup>

Nuestro Código de Comercio no contiene normas particulares sobre la materia remitiéndose en su artículo 2º a las disposiciones del Código Civil en lo no especialmente resuelto por él.

Junto al Código antes señalado, existe en nuestro ordenamiento legislación especial que norma la relación comercial entre proveedores y distribuidores. Se trata del D.L. 211 de 1973, cuyo texto fue refundido y sistematizado por la Ley 19.911, publicada en el Diario Oficial el 7 de Marzo del año 2005., y de la Ley 20.169, publicada en el Diario Oficial el 16 de Febrero de 2007.

El DL 211 de 1973 tiene por objeto promover y defender la libre competencia de los mercados, sancionando hechos, actos o convenciones que la restrinjan o entorpezcan o que tiendan a producir dichos efectos.

En el artículo 3º inciso 2º de este DL encontramos a modo de ejemplo, algunas de estas conductas:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

---

<sup>30</sup> Ver López Santa María, Jorge: “*Los Contratos. Parte General*”. Pág. 291.

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

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

Esta ley no nos da una definición acerca de lo que debemos entender por “Libre Competencia”. Para ello recurriremos al artículo 3° de la Ley de Pro Competencia venezolana que la define como *“Aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio”*.

Mauricio Velandia, autor colombiano, define competencia desleal como *“aquellos comportamientos malintencionados adelantados por personas comerciantes o partícipes de un mercado, cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa a cambio del fortalecimiento de otro, que no necesariamente debe ser el sujeto infractor”*.<sup>31</sup>

Por su parte, la ley 20.169, del 16 de Febrero de 2007, regula la competencia desleal, entendiendo por 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”* (artículo 3°).

Sabemos que la actividad comercial persigue desviar la clientela hacia el producto o servicio que se ofrece, para que éste sea adquirido a cambio de una contraprestación económica que reportará un lucro a quien ofrece el bien o servicio. La base de la libre competencia radica en que una empresa logre ofrecer una mejor alternativa al cliente y por ende, éste se sienta inducido a optar por lo que le ofrece el competidor de un producto o servicio. Entonces, lo determinante no es la desviación de clientela, sino que ésta se lleve a cabo por medio legítimos. De esta manera, está vedado recurrir a medios ilegítimos para lograr una desviación de clientela. ¿Cuáles serán esos medios ilegítimos? Los contrarios a la

---

<sup>31</sup>Velandia, Mauricio: *“Competencia desleal y Signos Distintivos”*, citado por Ortiz Padilla, Marisol en *“Competencia desleal, individualidad y concurrencia frente a otras disciplinas. Situación en Chile”*. Pág. 559

buena fe y a las buenas costumbres. Visto así, el concepto incurre en una tautología. *“Si el actuar del ofensor es contrario a la buena fe y a las buenas costumbres, es lógico pensar que el medio utilizado ha sido ilegítimo, de lo contrario se llegaría al absurdo de pensar que si se ha actuado con mala fe y en contra de las buenas costumbres, pero los medios son legítimos, entonces no se configurará una conducta desleal en el mercado”*.<sup>32</sup>

En el artículo 4° de la Ley en comento se enumera, en forma no taxativa, conductas consideradas de competencia desleal.

Artículo 4°.- En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes:

a) Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero.

b) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos.

c) Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva.

d) Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado.

---

<sup>32</sup> Ver Ortiz Padilla, Marisol: “Competencia desleal, individualidad y concurrencia frente a otras disciplinas. Situación en Chile” pág.558.

e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.

f) Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor.

g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado.

Sobre este punto resulta interesante considerar que el mantener o incrementar una posición dominante implica la existencia de una competencia insuficiente, situación que importa al mercado en aras del interés general.

Si estas prácticas predatorias no persiguen mantener o incrementar una posición dominante, pero sí perjudicar a un competidor, puede que se enmarque en el campo de la competencia desleal en sentido estricto.

Este punto de vista se reafirma en la exposición de motivos del proyecto de ley para regular la competencia desleal, boletín número 3356-03, al indicar que:

*“La competencia desleal es un fenómeno complejo: puede afectar o no la libre concurrencia en el mercado, puede o no afectar a los consumidores. Sin embargo, ella siempre se dirige, por definición, contra otro u otros agentes, sea en materia de bienes, sea en materia de servicios. Es esta última situación la que debe ser regulada, pues ella no tiene tratamiento en otras normas jurídicas, como por ejemplo, la ley que crea el Tribunal de la Libre Competencia o la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor. Por lo anterior, con el presente proyecto estimamos que se complementa debidamente el derecho chileno de la competencia, sobre todo en lo referido a la integración, interpretación y juzgamiento de materias del área referida”<sup>33</sup>*

Las conductas desarrolladas por los supermercados han sido calificadas por la autoridad económica como atentatorias a la libre competencia y de competencia desleal. Así tenemos:

---

<sup>33</sup> Ortiz Padilla, Marisol: Ob. Cit. Pág. 555.

## **1. Ventas Bajo El Costo o Venta a Pérdida.**

La venta a pérdida es una conducta desleal reprochada en el derecho comparado a través de leyes que protegen la lealtad en el comercio. Así, tenemos que:

### Argentina.

Hay dos leyes que se refieren al tema, la 22.802 y la 25.156. La primera de ellas sanciona conductas en el plano administrativo, mientras que la segunda, denominada “Ley de Defensa de la Competencia” reprime conductas que distorsionen la competencia y afecten el interés económico general; el artículo 2º letra m) se refiere precisamente al caso de los precios predatorios:

“art. 2º. Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1º constituyen prácticas restrictivas de la competencia:

m) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales, con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios”.<sup>34</sup>

### España.

La venta a pérdida está tratada en el art. 17 de la ley 3/1991 sobre competencia desleal:

“Artículo 17. 1 Salvo disposición en contraria de las leyes o reglamentos, la fijación de precios es libre. 2. No obstante, la venta realizada bajo costo, o bajo el precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos”.

Como es de apreciar, en España hay plena libertad para la fijación de los precios, vender bajo el costo no es reprochable. Lo que tipifica la conducta desleal es el elemento

---

<sup>34</sup> Ver Martínez Medrano, Gabriel y Soucasee, Gabriela: Ob. Cit. <<http://www.dpi.bioetica.org/docdpi/medrano4.htm>>

subjetivo, la intención de desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno.<sup>35</sup>

### Chile.

La FNE ha estimado que estas ventas bajo el costo se realizan con frecuencia por los supermercados, pudiendo estimarse la pérdida en alrededor de un 20% promedio.

Se ha señalado que tales ventas son realizadas sólo respecto de determinados productos “gancho” y por los supermercados más grandes, capaces de implementar subsidios cruzados, es decir, ofertan un producto en particular pero elevan el precio de otros productos habitualmente comprados por el consumidor.

La crítica apunta a que estas prácticas producen el efecto de desplazar a los supermercados más pequeños, incapaces de utilizar subsidios cruzados pues carecen de la diversidad y volumen suficiente de productos para hacerlo. Por otro lado, perjudican al proveedor respecto de otros distribuidores, ya que el resto del comercio puede interpretar que los productos en promoción son vendidos al supermercado a un precio inferior.

El Tribunal de la Libre Competencia en la sentencia 9/2004, - que más adelante analizaremos en profundidad - estimó que estas ventas, siempre que se hagan con la finalidad de promocionar un producto y duren un corto tiempo, no son *per se* contrarias a la libre competencia, pero cuando éstas se hacen persistentemente o se utilizan para destruir competidores constituyen un arbitrio que limita la libre competencia.

Para determinar si esta conducta importa o no competencia desleal, seguimos el criterio del Tribunal de la Libre Competencia (TDLC). Si las ventas son esporádicas y persiguen promocionar un determinado producto no podríamos afirmar que hay ilegitimidad en ello, menos si tomamos en consideración que es el retailer quien está soportando económicamente la venta al costo o bajo el costo. Pero si éstas se extienden en el tiempo hasta conseguir la desviación de la clientela de un minorista a otro, se configuraría el supuesto genérico del artículo 3º de la ley 20.169: “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 a otro”. Sin embargo, hay que reconocer la peligrosa amplitud de esta disposición, que encuadra como desleal

---

<sup>35</sup> Ver Alonso Soto, Ricardo: “La Oferta Comercial, Los Precios y el Pago a Proveedores en la Nueva Regulación del Comercio minorista”.

<[http://www.uam.es/personal\\_pdi/derecho/bbagooria/Hoja%20Web%20RJM/alumnos.html](http://www.uam.es/personal_pdi/derecho/bbagooria/Hoja%20Web%20RJM/alumnos.html)>

prácticamente cualquier intento por captar clientela, toda vez que los conceptos de buena fe y buenas costumbres son términos un tanto vagos e imprecisos. De hecho, durante la discusión de la ley, la mencionada disposición fue criticada pues se estimó que atentaba contra el surgimiento y la subsistencia de competidores medianos y pequeños.<sup>36</sup>

## **2. Imposición de Participación en Promociones.**

El ofertar un determinado producto a un precio atractivo para el consumidor no constituye en sí mismo una conducta que afecte la libre competencia o constituya competencia desleal. El problema surge cuando la promoción es llevada a cabo a costa del proveedor y lo que es peor, se le imponga ex post al perfeccionamiento del contrato.

Ello, como ya lo habíamos adelantado, importa un quebrantamiento a la intangibilidad del contrato comercial. En seguida, afecta la libre competencia, configurándose el supuesto del artículo 3, inciso 2, letra b del DL 211. Además, implica competencia desleal, toda vez que por medios ilegítimos, como lo es la modificación unilateral de un contrato, se persigue desviar clientela.

## **3. Aplazamientos y Descuentos no pactados en el pago.**

Siguiendo con la línea de modificaciones unilaterales y posteriores a la celebración del contrato, tenemos dos prácticas también denunciadas por la FNE, que son el aplazar sin previo aviso los términos de pago a los proveedores y los descuentos que a éstos se le realizan, principalmente por mermas.

El descuento por mermas ha sido calificado por la FNE como una asignación ineficiente de riesgos, ello porque se trata de una variable que escapa al control del proveedor, lo que a su vez puede producir ineficiencias. En efecto, fruto de esta práctica quien paga por las mermas no es el agente que incurre en la acción, sino que el proveedor, y como el supermercado no soporta económicamente estas pérdidas no tiene incentivo alguno para disminuirlas.

Indudablemente esta práctica se sostiene en el poder de compra del retailer, que lo sitúa en una posición dominante respecto del proveedor. De haber competencia perfecta, el supermercado se preocuparía de adoptar incentivos para que la producción sea eficiente en

---

<sup>36</sup> Ver TDLC: <[http://www.tdlc.cl/db\\_images/sentencias/42d6af4e2bc2c\\_Sentencia-09-2004.pdf](http://www.tdlc.cl/db_images/sentencias/42d6af4e2bc2c_Sentencia-09-2004.pdf)>

toda la cadena. Por lo anterior, es claro que tal práctica quebranta la libre competencia que debiera existir, configurándose la conducta señalada en el artículo 3 letra b del DL 211.<sup>37</sup>

D&S con el objetivo de transparentar estos descuentos ha publicado en su página Web a partir de Mayo de 2007 los “Términos y Condiciones Generales de Aprovechamiento de Mercaderías” (en adelante TCGA). El capítulo III de este documento detalla los cobros a los proveedores, entre los que destacan:<sup>38</sup>

**Devolución, Mermas o Merma Cero:** cobro pactado libremente con los Proveedores por los Productos que presentan deficiencias en los Envases o cuyas características o Envases los hacen fácilmente vulnerables al ser manipulados, de manera que no pueden ser vendidos al consumidor final en aptitud adecuada de uso o consumo.

Adicionalmente, este cobro considera el servicio consistente en que el Supermercado disponga de, o deseche, de acuerdo a la normativa aplicable, los Productos que presentan deficiencias o deterioros cuyo cargo o costo sea de responsabilidad del Proveedor, según lo pactado con el mismo, y que evita a éste incurrir en los costos operacionales, logísticos y sanitarios, en su caso, de retirar desperdicios o bienes inservibles desde cada uno de los Supermercados u otras instalaciones de D&S o las Filiales D&S. Este cobro corresponde a un porcentaje del Precio de Transferencia de los Productos. El porcentaje aplicable se revisará y ajustará semestralmente en conjunto con cada Proveedor, utilizando de manera transparente los datos estadísticos relativos a las mermas de Productos o Categorías de Productos generadas en el período semestral inmediatamente anterior. Se deja constancia que este cobro corresponde a una práctica y costumbre de la industria pero también es procedente por las prestaciones que involucra de parte de las Filiales D&S, de acuerdo a lo descrito anteriormente.

**Obsolescencias:** cobro pactado libremente con los Proveedores respecto de aquellos Productos que ellos mismos hayan discontinuado, y que permite por ello liquidar tales Productos en los Supermercados. Este cobro corresponde a un porcentaje del Sell Out de los Productos.

---

<sup>37</sup> Ver Requerimiento en contra de D&S y Cencosud por restricciones a la competencia, [www.fne.cl](http://www.fne.cl)

<sup>38</sup> Ver Anexo.

**Recepción Asegurada en Casos de Exceso de Stock:** cobro pactado libremente con los Proveedores para aquellos casos en que, a solicitud de éstos, se entreguen a D&S Productos en períodos de exceso de stock o cuando no exista capacidad disponible para recibirlos, de manera de cubrir los costos adicionales que implique la recepción de tales Productos. Este cobro corresponde a una cantidad fija o un porcentaje del *Sell In*<sup>39</sup> de los Productos.

#### **4. Rappel.**

La FNE ha estimado que el *rappel* pasa de ser una exigencia cuestionable a constituir un abuso, desde el momento en que se incrementa sin previo aviso, traspasando sus efectos nocivos a la sociedad por la vía de sembrar incertidumbre en la industria del abastecimiento.<sup>40</sup>

En los TCGA se distingue entre logro automático y logro manual.

El **Logro Automático** o ***Rappel Automático*** es el cobro fijo pactado libremente con los Proveedores en razón de las actividades comerciales implementadas en los Supermercados, el cual tiene como contraprestación para el Proveedor la exhibición temporal o adicional de Productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes de los Supermercados que les permiten incrementar sus ventas (especialmente, cabeceras de góndolas) por un período de tiempo. Este cobro fijo mensual corresponde a un porcentaje del *Sell In* de los Productos.

Por otro lado, el **Logro Manual** o ***Rappel Manual*** es el cobro variable pactado libremente con los Proveedores en razón de actividades adicionales comerciales implementadas en los Supermercados, el cual tiene como contraprestación para el Proveedor la exhibición temporal o adicional de Productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes que les permiten incrementar sus ventas (especialmente, cabeceras de góndolas, mini cabeceras, islas en pasillos centrales o laterales, muros, canastillos, mecanismos publicitarios en góndolas destinados a destacar el Producto, etc.) y/o la publicación de los Productos en catálogos especiales. Este cobro mensual puede corresponder a una cantidad fija acordada caso a caso o a un porcentaje variable del *Sell Out* de los Productos durante un período de tiempo, dependiendo de la actividad o Producto negociado.

---

<sup>39</sup> *Sell In* es el precio al que los proveedores venden sus productos a las filiales D&S multiplicado por el número de dichos productos. D&S, [www.dys.cl](http://www.dys.cl)

<sup>40</sup> Informe acompañado por la FNE ante la H. Comisión Preventiva Central en “Denuncias de la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras del Sector Privado del Comercio y de Supermercados AGIP A.G., en contra de supermercados por abusos contra Proveedores, roles 170-01 CPC y 191-02 CPC.

Entonces, para los proveedores de D&S ya no es sorprendente encontrarse con estos cobros porque con antelación al contrato se han hecho de público conocimiento a través de su página Web.

## **5. Sistema de Reposición.**

La reposición de los productos ha sido, sin duda, un tema que ha generado profundos conflictos en la relación comercial entre proveedores y supermercados. No podemos entender el actual acuerdo sin previamente analizar la historia del problema.

El 30 de Junio de 2006 D&S envió una carta a sus proveedores informando acerca de lo que ellos denominaron “sistema de reposición eficiente”, que consistía en reemplazar a los reponedores facilitados por el respectivo proveedor por personal contratado directamente por la cadena de supermercado. Eso no era todo, la carta informaba también que dicho servicio tendría un costo.

Este plan ya se estaba aplicando como piloto en tres supermercados de la cadena y no había sido objetado con anterioridad pues sólo duraría tres meses. Pero esta carta dejaba en claro que las intenciones de D&S iban más allá:

*“LÍDER ha decidido ampliar la implementación de su modelo de Reposición Eficiente a todos los locales y formatos comenzando en Agosto con los locales que se adjuntan...”*

*“Para una mejor programación e iniciar este sistema con óptimos resultados **informamos** que sus reponedores pueden asistir a estos locales como fecha máxima hasta el 15 de Agosto”.*

La noticia fue recibida por la AGIP más bien como una imposición que los obligaba a prescindir de sus reponedores y necesariamente contratar al personal del supermercado, al costo que ellos decidieran. Vieron en esta situación una clara alteración unilateral y ex post a las condiciones que previamente se habían acordado, por ello no dudaron en acudir ante el Tribunal de la Libre Competencia para denunciar a D&S. La paz que hasta el momento regía y que había permitido discutir sobre un posible Código de Buenas Prácticas comerciales se había quebrado.

EL 19 de Julio de 2006 la AGIP presentó una consulta ante el TDLC solicitando que se detuviera la aplicación de la política de reposición eficiente, impuesta en forma

unilateral por D&S y que se pronunciara sobre las faltas a la libre competencia en que estaría incurriendo la cadena. Según declaraciones del presidente de la AGIP, Vasco Costa, el plan de reposición obedecería al interés de la cadena para posicionar sus marcas propias obligando a despedir a unas 3 mil personas que trabajan como reponedores de las empresas asociadas al gremio, lo cual generaría pérdidas por quiebres de stock, indemnizaciones para los trabajadores despedidos y alzas en los costos que sufrirían al tener que pagar un precio del orden del 3% del total de la venta a D&S por concepto de reposición.

Claudio Hohmann, gerente de asuntos corporativos de D&S señaló que la medida respondía a la nueva ley de subcontratación, que incentivaba a las empresas a contratar su propio personal, “Si nunca hubiésemos operado con reponedores internos habría cambios drásticos. Estamos en esto hace mucho tiempo, hoy tenemos 15 mil reponedores internos y sólo 3 mil a través de agencias. Eso demuestra que la estructura interna es dominante y no estamos frente a ninguna cosa nueva”.<sup>41</sup>

Como consecuencia de este conflicto la FNE emitió un informe señalando en lo medular tres puntos:

- a. Reconoció que a su juicio y teniendo presente la sentencia dictada por el TDLC n° 9/2004, la eventual implementación del sistema de reposición eficiente constituiría una imposición unilateral contraria a lo señalado por la mencionada sentencia: “*Que las cadenas que han sido parte en esta causa deben abstenerse de realizar conductas que impliquen alterar ex post y unilateralmente las condiciones de las compras previamente acordada con los proveedores*”.
- b. Manifestó que la actividad de reposición de productos era propia de los supermercados, por tanto, D&S no sólo tenía derecho sino que le correspondía ejecutarla, por lo mismo, la reposición por el supermercado era incompatible con el cobro por este concepto a los proveedores y también era incompatible cobrar por mermas, ya que éstas dependían de la correcta ejecución de la actividad de reposición.
- c. Lo anterior no impide que aquellos proveedores que así deseen puedan tener sus propios reponedores, debiendo el supermercado otorgar facilidades para ellos.

---

<sup>41</sup> Diario Financiero: [www.diariofinanciero.cl](http://www.diariofinanciero.cl). 20 de Julio de 2006.

D&S en un momento argumentó que *“La reposición de los productos en góndola no ha sido jamás parte de las condiciones comerciales de los acuerdos que se celebran con los proveedores”*. Pero no convenció a la autoridad económica, justamente porque la pretensión de D&S consistía en realizar ellos mismos la reposición y cobrar a los proveedores por el servicio.

Para la FNE, la realización de actividades de reposición de productos no debe entenderse como un servicio al proveedor, sino como parte del giro esencial del comercio minorista y aún cuando de ese servicio de reposición genere beneficios para el proveedor resulta improcedente un cobro, pues, como la misma cadena reconoció en su contestación *“La reposición es un proceso propio de la logística del retail y no un elemento de comercialización”*.

Vinculado al tema de la reposición salió a la luz la situación de las mermas y el cobro por este concepto al proveedor. Sobre este punto la FNE afirmó: *“...el nivel de las mermas depende directamente de la adecuada ejecución de la actividad de reposición, por lo que no parece razonable que deba responder por ellas quien no controla esa actividad, pudiendo lo contrario estimarse no sólo una asignación ineficiente de los riesgos sino que además abusiva”*.

En consecuencia, la FNE concluyó en su informe que:

- a) Aquellos proveedores que opten por el sistema de reposición eficiente no debieran costear en absoluto tal servicio toda vez que es una actividad propia del retail.
- b) A fin de resguardar la libre competencia, se recomendó mantener abierta la posibilidad de los reponedores externos para aquellos proveedores que así lo deseen.

En el documento elaborado por D&S relativo a los Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías se hace alusión a la reposición, primero definiéndola, para luego distinguir entre una Reposición propia y una interna.

La Reposición Propia es aquella que efectúa un proveedor en los supermercados Líder, respecto de sus propios productos, mediante trabajadores propios o terceros.

La Reposición Interna, a diferencia de aquella, es la que efectúa D&S o una filial de D&S cualquiera, mediante trabajadores propios o de terceros.

Queda en evidencia que la original intención de la cadena de la familia Ibáñez, eliminar la reposición propia, fue desechada. Actualmente el sistema que rige es el

siguiente, se le da al proveedor la opción de tener sus propios reponedores o acogerse a la responsión interna del supermercado. De optar por esta última alternativa deberán pagar un costo, el que se determinará de mutuo acuerdo y corresponde a un porcentaje del “Sell Out” de los productos.

Como es de apreciar, se cumplió sólo parcialmente la recomendación de la fiscalía. D&S aceptó mantener abierta la opción de reponedores propios para los proveedores que así lo quisieran. Pero, contrario a lo que estimó la autoridad económica, resolvió cobrar en caso de que el proveedor se acogiera al sistema de reposición interna, nombre que reemplazó al original y fallido “*sistema de reposición eficiente*”.

## **VII. CASO: CONSULTA DE LA AGIP A LA H. COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL DEL 02 DE ENERO DE 2002.**<sup>42</sup>

Previo al incidente originado por el “sistema de reposición eficiente” que pretendió implementar D&S, con anterioridad las relaciones entre el gremio de los proveedores y las grandes cadenas de supermercados había sufrido un importante revés. Fue el 02 de Enero del año 2002 cuando comenzó a librarse en los pasillos de un retailer la más importante de las disputas comerciales, cuyas consecuencias se extendieron no sólo a los directos implicados, sino que a todos los proveedores y a las cadenas de supermercados en general.

El 02 de Enero del año 2002 es una fecha clave en materia comercial. Ese día la AGIP decide, por primera vez, presentarse ante la Comisión Preventiva Central para informar que durante la fiesta de navidad de 2001 (los días 21, 22, 23 y 24 de Diciembre) los supermercados Líder tanto de Santiago como de regiones, realizaron una promoción de chocolates con un descuento especial del 30%, exigiéndole a las diversas empresas proveedoras participar en la promoción.

Nestlé, fabricante de variadas marcas de chocolates, se negó a participar y D&S, como represalia, retiró sus chocolates de las estanterías.

A pesar de haberse retirado todos los chocolates Nestlé de los locales Líder (en Santiago y regiones), en la propaganda en que se anunciaba el descuento igualmente se les

---

<sup>42</sup> Ver sentencia 9/2004. [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

exhibía, engañando con ello al público puesto que al no estar en las góndolas de los supermercados el consumidor no podría comprarlos, ni siquiera al precio normal.

Tal conducta fue considerada por la AGIP como una negativa de venta en perjuicio de los consumidores, desleal y ajena a la buena competencia, ya que estableció una barrera arbitraria para los chocolates Nestlé, con el consiguiente perjuicio a la industria proveedora afectada y a los consumidores.

Dentro de este mismo proceso, la AGIP interpuso una consulta ante la Comisión Preventiva Central, esta vez para que ella se pronunciara acerca de la licitud de dos conductas desarrolladas por los supermercados, a saber:

- a) Competencia desleal en la comercialización de productos con marcas propias, en perjuicio de las marcas de la industria proveedora.
- b) Ventas bajo el costo, que a juicio del gremio proveedor son inaceptables independientemente de su duración por tres razones:
  - ✓ Provocan desequilibrios en los sistemas de distribución y comercialización de los proveedores.
  - ✓ Implican competencia desleal contra supermercados menores o comercio en general que no tienen suficiente número de productos o volúmenes de venta para realizar ventas bajo el costo.
  - ✓ Genera pérdida de reputación para el proveedor, cuyo producto está siendo vendido bajo el costo, ya que el resto del comercio podría interpretar que los productos en promoción son vendidos al supermercado a un precio inferior al que ellos pagan.

A raíz de esta consulta en particular y de la difícil relación comercial que en general se estaba desatando entre proveedores y supermercados, se requirió a la FNE para que emitiera un informe sobre el particular.

## 1. Informe de la FNE<sup>43</sup>

El 02 de Abril de 2004 la FNE presentó ante la H. Comisión Preventiva Central un informe, en el que daba cuenta de la investigación realizada por este organismo a la industria

---

<sup>43</sup> Informe acompañado por la FNE ante la H. Comisión Preventiva Central. Ob. Cit.

de los supermercados en Chile para determinar si ciertas conductas desarrolladas por éstos constituían o no atentados contra la libre competencia.

El informe parte determinando cuál es el mercado relevante, elemento indispensable para determinar la existencia de poder de mercado y decisivo para poder formular juicios de reproche a las conductas realizadas por los distribuidores; luego indica las conductas que constituirían atentados contra la libre competencia, y, finalmente, presenta las solicitudes correspondientes a la H. Comisión Preventiva Central.

***Mercado relevante:***

Para este informe el mercado relevante está constituido por la industria de los proveedores o, si se quiere definir el mercado en función al producto, la del abastecimiento primario. Pero el análisis de la industria del abastecimiento primario requiere, necesariamente, un segundo estudio, el de la industria de los supermercados.

a) Industria Del Abastecimiento Primario.

*“Cabe advertir que, aunque es posible englobar los productos objeto de esta industria en función de las necesidades cotidianas de una familia, al interior de aquélla se distinguen productos que no guardan relación de sustitución cercana entre sí, pudiendo al menos diferenciarse los rubros de alimentos perecibles, alimentos no perecibles, limpieza y perfumería, vestuario y calzado, licores y bebidas, y librería.*

*No obstante, en el transcurso de la investigación desarrollada por la Fiscalía, se pudo constatar una serie de características comunes, como que al interior de los distintos rubros existen, por lo general, uno o muy pocos competidores con participaciones de mercado de cierta entidad, repartiéndose el resto del mercado muchos competidores con participaciones muy menores. En todo caso, la regla general en la industria de los proveedores de supermercados es la evidencia de rivalidad competitiva.*

*Esa H. Comisión, recientemente, tuvo ocasión de apreciar esas características en un mercado en que se dan en forma extrema, el de la cerveza (lo que motivó el Dictamen N° 1223, de 2002), en el cual la Compañía Cervecerías Unidas S.A., domina con cerca del 80% de las ventas, compitiéndole Cervecería Chile S.A., con alrededor de un 10% y una serie de otros actores que se reparten el resto de las ventas.*

*Aunque también altos, los niveles de concentración del mercado de las pastas secas se acercan más a la media, con Lucchetti y Carozzi concentrando cerca del 70% de las ventas (37% y 33%, respectivamente), un número importante de pequeños actores que suman cerca del 28% e importaciones por alrededor del 8%.*

*En la media, se encuentra la industria de las cecinas, con varios actores de relevancia, como San Jorge (30%), Super (18%), PF (15%), Winter, La Preferida, Llanquihue y muchos otros, bastante menores.*

*La industria del pan, cuya participación en la canasta mensual es inversamente proporcional al ingreso familiar, es una de las más atomizadas, pero en ella los supermercados han ingresado a producir directamente con mucha fuerza.*

*Además de lo anterior, también caracteriza a los mercados del abastecimiento primario, esta vez de manera mucho más uniforme, la importancia de las ventas a supermercados, que en la media representan una proporción de alrededor de un 60%. Este porcentaje aumenta, en general, para los proveedores más pequeños y, particularmente, en el sensible rubro alimenticio alcanza el 70%. Esta concentración en ventas a supermercados debería, conforme a la experiencia nacional e internacional, tender a aumentar.*

*En consecuencia, genéricamente considerada, la industria del abastecimiento primario se caracteriza, de una parte, por cierto grado de concentración, pero con atonicidad en la oferta residual y evidencia de rivalidad competitiva y, de otra, por una muy importante y creciente proporción de sus ventas destinadas a supermercados”.*

b) Industria de los Supermercados.

*“La definición del mercado relevante en función del producto presenta cierta dificultad, puesto que los supermercados son por esencia empresas multiproductos, de modo que, extremando tal definición, sería posible sostener que el mercado relevante engloba a la generalidad de los bienes que se venden en los supermercados.*

*Adoptando ese criterio, las participaciones de mercado de los diversos supermercados deberían obtenerse de la suma de las ventas totales de cada uno de los productos que expenden.*

*No obstante, tal criterio debe ser descartado, como lo hace la misma Asociación Gremial de Supermercados de Chile A.G., "Asach", pues implica desconocer el papel*

esencial de los supermercados en la sociedad moderna, cual es el de poner a disposición del consumidor, en modalidad de autoservicio y en un solo lugar, una canasta de productos destinados a abastecer periódicamente al hogar.

A partir de esta precisión, podemos considerar que el mercado relevante del producto está conformado, en cuanto a esta industria se refiere, por las tiendas de superficie que ofrecen la posibilidad, en modalidad de autoservicio, de abastecer periódicamente un hogar, con una canasta de productos.

Así conformada, el tamaño y el dinamismo de la industria supermercadista son considerables, si se atiende a las proyecciones para el 2003 efectuadas por el Presidente de la Asach para el diario Estrategia del día 7 de octubre pasado, donde sostenía que esperaba un crecimiento de las ventas en tomo al 6% o 7%, con lo cual podrían alcanzar los US\$ 4.700 millones.

El siguiente cuadro, concordante con esas proyecciones, ilustra la evolución de las ventas totales de supermercados en los últimos años, contrastada con la evolución real del Producto Interno Bruto:

**CUADRO N° 1.**

VENTAS DE SUPERMERCADOS			
Variación Anual Ventas Reales / PIB			(1996
	índice Ventas	Variación Ventas	Variación Real PIB
		%	%
1999	203,05		
2000	218,77	7,7	4,2
2001	235,86	7,8	3,1
2002	259,73	10,1	2,1

Fuente: INE y Banco Central.

En cuanto a las participaciones de mercado y los niveles de concentración de ventas de la industria, los siguientes cuadros, que incorporan las recientemente perfeccionadas compras de Santa Isabel y Las Brisas por Jumbo, y de Carrefour por D&S, resultan ilustrativos.

## CUADRO N° 2

SUPERMERCADOS		
PARTICIPACIÓN DE MERCADO EN PORCENTAJES.		
	Año 2002 (%)	Año 2003 (%)
D&S	29,97	32,92
Carrefour	2,44	
Santa Isabel	9,52	
Jumbo	8,83	20,35
Unimarc	3,71	3,58
Montserrat	3,11	3,05
San Francisco	2,74	3,22
Las Brisas	2,28	
Rendic	2,24	2,45
Montecarlo	2,23	2,68
Key Market	2,09	
Otros	30,84	31,75
Total	100	100

Fuente: Asach

## CUADRO N° 3

ÍNDICE DISCRETO DE CONCENTRACIÓN (CR) AÑO 2002		
D&S	CR1	29,97%
+ Santa Isabel	CR2	39,49%
+ Jumbo	CR3	48,32%
+ Unimarc	CR4	52,03%
+ Montserrat	CR5	55,14%
+ Carrefour	CR6	57,58%
+ Montecarlo	CR7	59,81%

Fuente: Asach

## CUADRO N° 4

ÍNDICE DISCRETO DE CONCENTRACIÓN (CR) AÑO 2003 ESTIMACIÓN		
D&S	CR1	32,92%
+ Jumbo	CR2	53,27%
+ Unimarc	CR3	56,85%
+ Montserrat	CR4	59,90%
+ Montecarlo	CR5	62,58%

Fuente: Asach

*Como puede apreciarse, la industria supermercadista muestra niveles importantes y crecientes de concentración, cuestión favorecida por la existencia de barreras a la entrada consistente, principalmente, en economías de escala (procesos de compra, frigorización, bodegaje y distribución) y de ámbito (publicidad y multiproductos).*

*En ese escenario, destacan las participaciones de mercado de las cadenas D&S (32,92%) y JUMBO (20,35%) que juntas superan el 53% de las ventas totales del año 2003”.*

Esta concentración, de acuerdo al informe, le otorga a la industria de los supermercados un mayor poder de mercado en relación con los proveedores.

La importancia del informe radica en su intento por dilucidar si ese poder de mercado importa o no comportamientos individuales u oligopsonicos abusivos de los supermercados en la industria del abastecimiento, desmejorando los precios o la calidad y con ello, reduciendo los productos transados y el bienestar social.

### **Conductas que se han verificado en este sentido**

La primera situación que se analiza es la ya comentada solicitud de Cencosud a los proveedores de Santa Isabel, lo cual motivó un requerimiento ante la H. Comisión Resolutiva.

Este “abuso”, como lo califica el informe, “nos permite diferenciar las meras exigencias e imposiciones propias de una relación comercial asimétrica, de aquellas prácticas constitutivas de abusos de poder de mercado reprimibles en sede de defensa de la competencia”. “El elemento diferenciador es la falta de certeza de los proveedores, el cambio ex post, esto es, agotada la negociación comercial, en el precio o en las condiciones de la compra, afectando en mayor medida a los proveedores más pequeños y, por ende, favoreciendo la concentración en la industria del abastecimiento y desincentivando el ingreso de nuevos actores, pues el sistema de precios ya no cumple con las funciones de información y estímulo que le son propias. Con ello, se reduce finalmente la disponibilidad de bienes y calidades, disminuyendo la riqueza y el bienestar social”.<sup>44</sup>

En seguida se señalan algunas de estas prácticas constitutivas de abusos de poder de mercado, que ya hemos analizado.

1. Ventas bajo el costo.
2. Imposición de participación en promociones.
3. Aplazamiento de pagos.
4. Descuentos no pactados en el pago.

---

<sup>44</sup> FNE:

<<http://mail.fne.cl/db/actualidad.nsf/88f4113ea5bc795b8425733e00712d52/F32319B1220248EC88256EA80061A010?OpenDocument>>

5. Modificaciones unilaterales de Condiciones de Compra.
6. Imposición de Rappel.
7. Imitación de productos.

*“En general, las conductas descritas arriba conllevan alteraciones unilaterales en los términos de la relación vertical entre los supermercados y los proveedores, en perjuicio de éstos y de la competencia, pudiendo además percibirse reiteración e incremento de estas conductas que, en el contexto, sólo pueden explicarse como abusos de poder mercado.*

*El efecto inmediato de esos abusos es la reducción de los precios a que venden los proveedores, en una cuantía que sólo puede determinarse ex post, de modo que los proveedores no sólo pierden estímulos para producir, sino que también certeza y calidad de la información relativa a precios.*

*Los precios son la retribución por la provisión de bienes o servicios pero, además y entre otras cumplen, en el mercado, dos funciones de la mayor relevancia, incentivo e información. Cuando se altera el mecanismo normal de formación de precios, se desincentiva la producción de bienes, se favorece la concentración en la industria del abastecimiento y se entorpece el ingreso de nuevos proveedores, con lo que se reducen los bienes transados o su calidad y, en definitiva, el bienestar social.*

*Los efectos del conjunto de prácticas abusivas se amplifican aún más si se tiene en consideración que esos abusos son realizados de manera uniforme y consistente, particularmente por los supermercados pertenecientes a las cadenas más poderosas, cuyas prácticas abusivas son imitadas entre sí y por su competencia directa, pudiendo observarse un paralelismo presumiblemente consciente, constitutivo de prácticas oligopsónicas abusivas.*

*Nuestra legislación de defensa de la competencia sin duda reprime los abusos analizados, particularmente a partir de la Ley N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003 que, junto a los monopolices y oligopólicos, explícito como repudiables los abusos monopsónicos y oligopsónicos.*

*En efecto, el conjunto de prácticas abusivas de los supermercados constituyen lo que la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211 tipifica como acuerdos expresos o tácitos o prácticas concertadas que tienen por objeto fijar precios de compra, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas confieren, porque, como se ha establecido, las*

*prácticas abusivas analizadas son realizadas, con frecuencia y gravedad crecientes, por la generalidad de los supermercados, especialmente los más poderosos.*

*Sin perjuicio de lo anterior, esas prácticas, realizadas por alguno de los supermercados más poderosos, esto es, los de las cadenas pertenecientes a D&S (Líder, Santa Isabel) o a Cencosud (Jumbo, Las Brisas), también se encuadran en lo que la letra b) del citado artículo 3° del D.L. N° 211 tipifica como explotación abusiva de posición dominante, fijando precios de compra o imponiendo otros abusos.*

*Además, algunas de esas prácticas, como las ventas bajo los costos y las prácticas imitativas, también se encuadran en lo que la letra c) del artículo 3° del D.L. N° 211 tipifica como prácticas predatorias o de competencia desleal realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.*

*A mayor abundamiento, en Derecho Comparado existen legislaciones más explícitas respecto de los abusos analizados, como la española Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que en su artículo 6, letra b), y bajo el título "Abuso de posición dominante", prohíbe "... la explotación abusiva por una o varias empresas... de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores..."*

*Nuestros organismos de defensa de la competencia, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911, ya habían reprimido abusos de los supermercados respecto de los proveedores. Uno de los más ilustrativos y cercanos ejemplos lo proporciona la Resolución N° 720, de 23 de enero de 2004, que sancionó a Santa Isabel por exigir a sus proveedores un aporte extraordinario consistente en un porcentaje de sus ventas pasadas, para hacer viable su negocio. Otro ejemplo, esta vez de conductas imitativas, es el Dictamen N° 1162, de 8 de junio de 2001, de esa H. Comisión, que previno a Unimarc por imitar los envases y etiquetas y vender sus productos junto al café y al chocolatado de Nestlé "para que los consumidores constataran la mejor calidad de nuestro producto y lo siguieran consumiendo..."<sup>45</sup>*

**Solicitud de la FNE:** En virtud de lo expuesto precedentemente, la FNE solicitó:

1. "A los supermercados en general, en orden a que, a partir de la comunicación del Dictamen, deberán abstenerse de ejecutar las prácticas y conductas restrictivas de la competencia descritas en el informe de la Fiscalía Nacional Económica, en particular en

---

<sup>45</sup> FNE: [www.fne.cl](http://www.fne.cl)

*cuanto alteren unilateralmente el precio y las demás condiciones de las compras previamente acordadas con los proveedores.*

*2. Para el mejor cumplimiento de la prevención, se recomienda a los supermercados en general adoptar un reglamento de condiciones de compra a sus proveedores, público, objetivo, uniforme y no discriminatorio que, estableciendo derechos mínimos para los proveedores y mecanismos de resguardo, excluya la posibilidad de prácticas abusivas como las descritas en el informe de la Fiscalía Nacional Económica. Ese Reglamento debiera resguardar especialmente, entre otros, el respeto del precio y las demás condiciones de las compras acordadas entre los supermercados y sus proveedores”.*<sup>46</sup>

Recibido el informe de la FNE se confirió traslado a D&S, Hipermercados Jumbo S.A., a la asociación Gremial de Supermercados de Chile, ASACH y a AGIP.

## **2. Traslado AGIP.**

Evacuando el traslado conferido, la AGIP manifiesta su conformidad con el informe emitido, coincidiendo con las conclusiones formuladas por la FNE.

Particularmente en lo referente al reglamento de condiciones de compra propuesto, señalan que éste puede ser un instrumento eficaz en cuanto dicho reglamento sea acordado con AGIP, que representa a quienes se han visto perjudicados por el abuso de posición dominante y así se lograrán reglas objetivas y transparentes que resguarden la libre competencia.<sup>47</sup>

## **3. Traslado D&S.**

La cadena D&S manifestó no compartir el criterio de FNE para definir mercado relevante, el cual, a su juicio debe ampliarse para considerar otros canales de distribución ya que los productos que se venden en supermercados también es posible encontrarlos en otro tipo de establecimientos comerciales.

En cuanto a las relaciones comerciales que la cadena mantiene con sus proveedores, dejó presente que éstas se enmarcan dentro de un concepto de bilateralidad, fruto de negociaciones llevadas a cabo en un marco de equilibrio y en ningún caso constituyen el resultado de imposiciones unilaterales que obedezcan a una política preestablecida.

---

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> Ver sentencia 9/2004. [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

Aclaró que el tamaño de los más importantes distribuidores ha impedido que los productores traspasen su posición dominante al consumidor final, mientras que los medianos y pequeños proveedores han sido favorecidos por la existencia de distribuidores grandes ya que esto les ha permitido obtener escalas necesarias para poder competir con sus respectivos líderes en las distintas áreas de producción de bienes de consumo masivo.

D&S señaló en su traslado que en la medida que aumenta la concentración en el mercado de la distribución los poderes de negociación tienden a equipararse. Sin embargo, las participaciones de mercado de los grandes proveedores se mantienen persistentemente más altas que la de los distribuidores, ello se debería a la lealtad que el consumidor tiene hacia la marca y no hacia los distribuidores, lo cual dota al proveedor de un poder de mercado y para contrarrestarlo se ha fomentado la creación y fortalecimiento de proveedores pequeños y medianos que pueden ofrecer productos de buena calidad a bajos precios, sea mediante marcas del proveedor o de la cadena.

Añadió que ellos no detentan una posición dominante, tanto en razón de su participación efectiva de mercado (32,92%), de las características de las distintas industrias, como por lo beneficios que la nueva estructura de la industria ha generado para el consumidor.

Luego de exponer lo anterior se refirió a cada una de las conductas descritas en el informe de la FNE:

**“Ventas bajo el costo:** *Las ventas bajo costo constituyen una práctica que ha sido utilizada excepcionalmente y por períodos restringidos en el tiempo, en el marco de promociones o para liquidar sobre stocks; bienes cuya fecha esta próxima a vencer o en caso de introducción de nuevos productos, todo lo cual es consistente con los precedentes emanados de los organismos de la libre competencia.*

**Promociones:** *“Éstas son herramientas utilizadas en la industria del retail en general y producen múltiples externalidades positivas: favorecen una mayor afluencia de público; hacen posible una difusión masiva de productos a precios excepcionales; los productos tienden a obtener publicidad en medios de comunicación masiva en los puntos de venta y ubicaciones destacadas en el establecimiento; se disminuyen los costos de información y de*

*búsqueda de los productos con rebaja. La iniciativa de las promociones pertenece usualmente a D & S quien por razones de competencia comercial debe actuar con celeridad, pero también suponen contribuciones del proveedor. De esta forma, los costos y beneficios de las rebajas de precios de los productos específicos son compartidos. La política de "precios bajos siempre", no excluye que se realicen descuentos específicos en ciertos productos".*

**Plazos de pago:** *Se convienen considerando distintos factores, entre otros, las tasas de rotación de cada producto, de modo que el plazo se acuerda en una relación inversamente proporcional al tiempo de almacenaje.*

**Cuenta corriente y cumplimiento de Pago:** *D & S mantiene un sistema de cuenta corriente, en el cual se contabilizan, por un lado, los pagos a proveedores por compras de productos y por el otro, las rebajas de dichos pagos por conceptos tales como descuentos por volúmenes, si los hubiere; servicios consistentes en promociones, rappel y reposición o por concepto de hurto o devoluciones de mercaderías en mal estado.*

**Descuentos no pactados:** *Lo que el informe de la FNE denomina descuentos, son verdaderamente pagos que realizan los proveedores por servicios que presta el supermercado, que por lo general han sido previamente negociados. Por otra parte están los aportes que las cadenas solicitan de los proveedores cuando se producen aperturas de nuevos locales o la remodelación de éstos, los cuales también son acordados previamente con el proveedor respectivo.*

**Aporte publicitarios:** *El sistema de aportes publicitarios fue utilizado por D&S en la época en que los proveedores contribuían a un fondo común de publicidad. Hoy está comprendido bajo el concepto de rappel o tasa de inversión.*

**Servicio de reposición:** *La práctica generalizada es que el costo de reposición de los productos en las estanterías sea de cargo de los proveedores, porque resulta de toda lógica que éstos quieren que ésta se efectúe de manera óptima, evitando eventuales descoordinaciones y verificando que la exhibición se haga debidamente. Por regla general,*

*los grandes proveedores cuentan con personal propio, altamente capacitado y destinado permanentemente a cada supermercado. En cambio, los pequeños proveedores no disponen de reponedores permanentes, lo que conlleva alta rotación de personal en un mismo día al interior de todos los establecimientos, y así han ocupado distintas alternativas como por ejemplo el sistema de ruterros, los servicios de reposición por agencias externas y por personal de D & S.*

**Mermas (deterioro) y Brecha (hurto) de productos:** *Las pérdidas de mercaderías por concepto de brecha, que incluye las mermas y los hurtos es una materia compleja que afecta a distribuidores y proveedores. Con algunos de los proveedores se conviene una tasa por concepto de brecha que es calculada de acuerdo con el porcentaje histórico de deterioro o hurto de los productos que ellos comercializan. El descuento respectivo se liquida mensualmente en la cuenta corriente que D & S mantiene con cada uno de los proveedores. En los casos en que no exista este convenio, lo usual es que la mercadería deteriorada sea restituida al proveedor, previa comunicación para que retire el producto.*

**Devolución de mercadería:** *La entrega de mercadería de los proveedores de D&S suele realizarse en el centro de distribución de esta empresa LTS ubicado en Quilicura.*

**Modificaciones unilaterales a condiciones de compra:** *Señala que no es política ni filosofía comercial de D&S el imponer modificaciones unilaterales a las condiciones de compra pactadas con sus proveedores.*

**El rappel:** *en D&S éste recibe el nombre de Programa Logro. Representa la inversión que realizan los proveedores en este canal de distribución y remunera un conjunto de servicios que presta a sus proveedores vinculados a la distribución, promoción, publicidad y exhibición de productos. Cada proveedor determina el monto de la inversión que está dispuesto a realizar, lo que dependerá del nivel de ventas que desee alcanzar. Con algunos proveedores la tasa de inversión de logro es negociada anualmente, aunque suele corresponder a niveles históricos y que, por lo demás debe tenerse presente que una cantidad importante de proveedores no paga rappel.*

**Marcas Propias:** *Constituyen una estrategia para incrementar la lealtad de los clientes, al mismo tiempo contrarresta el poder de los proveedores de mayor tamaño*".<sup>48</sup>

En cuanto al reglamento de condiciones para la comercialización, D&S se mostró llano a establecer tales condiciones siempre que éstas sean flexibles, acordes al dinamismo del mercado y no impositivas de cargas demasiado gravosas para los distintos actores.

#### **4. Traslado Jumbo S.A.**

Al evacuar el traslado conferido, Jumbo dejó claro que no había incurrido en ninguna de las conductas denunciadas por la FNE. Expresó que cuenta con un acuerdo comercial celebrado con cada uno de sus proveedores que cubre las situaciones que relata la FNE. Este contrato regularía sus relaciones en forma ex ante sin que ninguna de las prácticas que alega la autoridad económica puedan considerarse como imposiciones unilaterales posteriores o extracontractuales. Especificó además que Jumbo envía una orden de compra electrónica a través de su sistema EDI en donde se especifica el precio base según lista de precios provistos por el proveedor y los descuentos aplicables, la fecha y lugar de entrega de los productos y la fecha de pago de la factura. Por ello no vislumbra la necesidad de contar con un documento adicional que regule la relación con sus proveedores, puesto que las materias que éste pudiese cubrir ya se encuentran suficientemente tratadas en los acuerdos comerciales suscritos con ellos.

Por otra parte, señaló que las mencionadas conductas descritas en el informe de la FNE no implican un atentado a la libre competencia toda vez que Jumbo no detenta una posición dominante respecto del mercado de las cadenas de distribución o incluso del mercado de los supermercados, el cual es siempre desafiante, de manera tal que nuevos actores pueden ingresar en cualquier momento para competir con las empresas ya establecidas.<sup>49</sup>

#### **5. Traslado ASACH**

Evacuando el traslado conferido, la Asociación Gremial de Supermercados de Chile, expuso:

---

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> Ver sentencia 9/2004. [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

*“Que el mercado de distribución ha cambiado radicalmente; aparte de los pequeños locales y autoservicios, minimarkets, farmacias y otras tiendas de conveniencia, se ha evolucionado a grandes supermercados que no sólo venden abarrotes y productos perecibles, sino que se ha diversificado su oferta hacia productos como vestuario, calzado, línea blanca y electrodomésticos.*

*Que se constata una fuerte competencia en el mercado debido a que no existen barreras a la entrada y que el mercado relevante de los supermercados está fuertemente diversificado, ya que compiten con todos quienes distribuyen los bienes que se comercializan o son susceptibles de ser comercializados en supermercados.*

*Que el poder de mercado de cada supermercado es inferior a su participación en el universo de los supermercados, por cuanto los consumidores de los productos que comercializan tienen mayores posibilidades y alternativas de sustitución de los mismos.*

*En cuanto a las prácticas materia del informe de la FNE, no son abusivas ni arbitrarias, sino que tienen una lógica económica.*

*Que, en efecto: a) Las **ventas promocionales bajo el costo** tienen como objetivo incentivar el consumo y crear una lealtad de parte de los consumidores con el supermercado y los productos promocionados; b) La **participación en el financiamiento de promociones** beneficia tanto a los distribuidores como proveedores, porque la experiencia muestra que la oportunidad de acceder masivamente a los consumidores a precios rebajados hace que sus beneficios por ventas extraordinarias superen el costo de la rebaja; c) Los **plazos de pago** son públicos, conocidos y fijos, según los tipos de productos, su rotación u otros sistemas que los distribuidores expresaron; d) El **rappel** tiene una justificación económica y consiste en la contribución del proveedor, acordada con el distribuidor, destinada a financiar en la proporción que se convenga los esfuerzos publicitarios del supermercado y su inversión de infraestructura; e) La **venta de productos con marcas propias** no persigue imitar productos sino que busca introducir elementos de mayor competencia tanto en la industria de la distribución como en la de abastecimiento”.<sup>50</sup>*

Con todos estos antecedentes el Tribunal quedó en condiciones de dictar su fallo.

---

<sup>50</sup> *Id.*

**6. Sentencia N°9/2004.**

El 05 de Octubre de 2004 el tribunal de la Libre Competencia se pronunció sobre la cuestión debatida.

A continuación, los considerando y la parte resolutive de este fallo:

***“I.- Cuestión previa.***

***PRIMERO:*** *Que se ha planteado en estrados que la causa de autos sería de naturaleza no contenciosa, basándose para ello en la circunstancia que se habría iniciado por consulta ante la Honorable Comisión Preventiva Central. Al respecto este Tribunal estima que, para establecer la naturaleza jurídica de este asunto, no pueden utilizarse las categorías creadas por la Ley 19.911, de 14 de Noviembre de 2003, que distingue claramente entre los procedimientos que se rigen por las disposiciones contenidas en el artículo 17 D y siguientes del D.L. 211, de carácter contencioso, y aquellos que se contienen en su artículo 18, de carácter no contencioso. La presente causa se inició ante la Honorable Comisión Preventiva Central y, por ende, según lo prescrito expresamente por la Disposición Quinta Transitoria de la Ley 19.911, su tramitación debe seguir, sin solución de continuidad, ante este Tribunal, con arreglo a los procedimientos establecidos al momento de su inicio.*

*Considerando que en dichas disposiciones no se regulaba en forma expresa el procedimiento a seguir, este Tribunal dictó el Auto Acordado Número Dos, de fecha 19 de mayo de 2004, en el cual se estableció un procedimiento para estas situaciones de excepción, con objeto de dar garantías a las partes de un racional y justo proceso. Este es el que se aplicó al caso de autos.*

***SEGUNDO:*** *Que, en cuanto a las facultades y atribuciones de este Tribunal, no existiendo norma expresa que regule la situación de las causas que provienen de las Honorables Comisiones Preventivas en materias sustantivas, en virtud del principio de legalidad, debe estimarse que éstas no pueden ser otras que las que le ha conferido la ley que lo constituyó, especialmente si se considera que las normas que rigen la instalación y atribuciones de los tribunales son normas de derecho público y por ende deben recibir aplicación inmediata.*

**TERCERO:** *Que, en consecuencia, atendido lo anterior y considerando que la irretroactividad de la ley es la regla general en nuestro derecho, este Tribunal estima que no pueden aplicarse a los hechos investigados sanciones o medidas distintas ni más gravosas que las vigentes al momento de producirse éstos.*

## **II.- Mercado relevante.**

**CUARTO:** *Que, con el objeto de definir el mercado relevante en cuestión, tanto de producto como geográfico, es preciso en primer término establecer la estructura general de la industria de la producción, distribución y venta a público de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, pues dentro de dicha industria se enmarca la consulta de autos y el informe de la FNE, por lo que es precisamente respecto de esa industria que debe determinarse el mercado relevante dentro del cual se habrían llevado a cabo las prácticas consultadas.*

**QUINTO:** *Que, al respecto, consta de los antecedentes de autos que en dicha industria participan tres tipos de agentes económicos:*

- a. *Los proveedores y distribuidores mayoristas, quienes manufacturan, elaboran o distribuyen al por mayor productos alimenticios y artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente;*
- b. *Los minoristas, entre los que se encuentran los supermercados e hipermercados, quienes adquieren o distribuyen los productos elaborados por los proveedores con el objeto de venderlos posteriormente a los consumidores finales; y,*
- c. *Los consumidores, quienes compran a los minoristas productos alimenticios y artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente.*

**SEXTO:** *Que entre estas tres categorías de agentes económicos se producen distintas relaciones, cada una de las cuales está inserta en un ámbito determinado y específico. De este modo, el conjunto de actos de comercio y de procesos logísticos que se verifica entre proveedores y minoristas, constituye un ámbito de acción o una relación específica, distinta a la que se produce entre los minoristas y los consumidores finales.*

**SÉPTIMO:** *Que, en consecuencia, es preciso preguntarse a qué ámbito de relaciones corresponden las conductas consultadas en autos, a fin de establecer consecucionalmente cuál es el mercado relevante en cuestión. Al respecto, está acreditado en la causa, según se desprende del informe del señor Fiscal Nacional Económico y de los traslados presentados por D & S y Jumbo, que las prácticas consultadas se refieren a conductas comerciales que operan principalmente en el ámbito de las negociaciones que desarrollan los proveedores con los minoristas - en especial con los supermercados e hipermercados - por lo que corresponde en consecuencia determinar exclusivamente cuál es el mercado en el que participan simultáneamente ambos agentes de mercado, esto es, proveedores y minoristas, con exclusión de las relaciones entre minoristas y consumidores, las que deben contextualizarse en un mercado relevante distinto, aún cuando existe una conexión lógica entre ambos ya que integran la misma cadena de producción, distribución y venta.*

**OCTAVO:** *Que, conforme con lo anterior, compete a este Tribunal definir el mercado relevante de producto y geográfico en el que se desarrollan las relaciones comerciales entre proveedores y minoristas.*

*Para estos efectos, se considerará el mercado relevante en el que operaría un proveedor promedio, esto es, un proveedor con uno o varios productos, de marcas con algún grado de reconocimiento por el público, con capacidad de aprovisionamiento limitada pero suficiente en relación a su curva natural de crecimiento, y que busca obtener la distribución de sus productos en gran parte del territorio nacional.*

*Cabe hacer notar que la referencia a esta figura del "proveedor promedio" se hace necesaria debido al carácter genérico de las conductas sometidas a consideración de este Tribunal. Si en el futuro se presentasen demandas o requerimientos que aludan a productos o proveedores específicos, la definición del mercado relevante podría ser diferente.*

## **II. A.- Mercado relevante de producto.**

**NOVENO:** *Que, en general, es posible afirmar que, entre proveedores y minoristas, existe una relación de aprovisionamiento de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, en virtud de la cual los proveedores celebran contratos con los minoristas para que éstos, utilizando los medios propios de su canal de*

*distribución, hagan llegar dichos productos a los consumidores en las mejores condiciones posibles.*

*Esta relación de aprovisionamiento implica que el proveedor promedio debe decidir cuál es el mejor canal de distribución para su producto, entre las distintas opciones de distribución minorista que existan. Atendido lo anterior, es posible afirmar que existe un mercado de aprovisionamiento mayorista de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, en el que participan, por el lado de la oferta, los proveedores y, por el lado de la demanda, los minoristas. Desde el punto de vista de la demanda, y de acuerdo con la información agregada al expediente, las alternativas o formatos de distribución minorista existentes para un proveedor promedio - con independencia del o de los productos específicos que fabrique, elabore o distribuya ese proveedor -además de los supermercados son, entre otras y dependiendo del producto vendido, las tiendas por departamentos, las cadenas de farmacias, las ferias libres y los mercados centrales o de abasto, los almacenes de barrio o de sector, las cadenas de ferreterías, y el comercio detallista en general.*

**DÉCIMO:** *Que, corresponde entonces analizar si todas estas alternativas de distribución constituyen un solo mercado relevante de producto, o si es posible distinguir distintos mercados de producto dentro de las diferentes alternativas de distribución.*

*Al respecto, este Tribunal, estando parcialmente de acuerdo con lo señalado por la FNE en su informe [fs. 32], debe rechazar los argumentos esgrimidos en autos por D & S, Jumbo y Asach en el sentido que el mercado de aprovisionamiento antes referido estaría integrado por todas las alternativas de distribución minorista teóricamente disponibles para un proveedor promedio, pues, a juicio de este Tribunal, debe establecerse, en definitiva, que el mercado relevante de producto para los efectos de esta causa, es el aprovisionamiento, por parte de proveedores mayoristas, de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, a supermercados e hipermercados, para su distribución minorista a consumidores finales, entendiendo por supermercados e hipermercados a las salas de venta masiva de dichos productos al público, bajo el sistema de autoservicio, incluidos los formatos tradicional, económico, de conveniencia e hipermercado, y con exclusión del formato minimarket. En efecto, un proveedor promedio enfrenta sus relaciones de aprovisionamiento con los supermercados e*

*hipermercados, en adelante, supermercados, de una manera sensiblemente distinta a como lo hace con las otras alternativas de distribución, las cuales, si bien son alternativas próximas, no lo son en la medida suficiente como para ser consideradas un sustituto directo e inmediato de la distribución en supermercados.*

**UNDÉCIMO:** *Que, en otras palabras, el aprovisionamiento a supermercados constituye un canal de distribución que, desde la perspectiva del proveedor, no es plenamente sustituible por las otras alternativas de distribución descritas.*

*Lo anterior en consideración, a lo menos, a las siguientes características particulares que convierten a los supermercados en un canal de distribución minorista difícilmente sustituible por los otros:*

*a.- Los volúmenes de compra que representan los supermercados para un proveedor promedio, constituyen en muchos casos una parte relevante de su demanda, a la que debe prestar especial atención y cuidado pues le permite colocar su producto de manera más o menos estable a través de un solo canal de distribución, lo que lo habilita, además, para programar con un grado mayor de certeza su producción y sus entregas. Por lo anterior los supermercados constituyen centros de compra respecto de los cuales el proveedor debe asumir un conjunto de estrategias específicas de negociación y logística, distintas de aquellas que debe enfrentar al negociar o entregar sus productos a otros agentes minoristas;*

*b.- Los supermercados e hipermercados ofrecen a los proveedores un conjunto distintivo de condiciones particulares de administración, exhibición y venta de sus productos. En particular, la ventaja de saber que su producto se vende en una sala junto con miles de otros productos, incrementa las probabilidades de aumentar el número de unidades vendidas a causa de actos de compra originalmente no planificados o esperados por los consumidores que acuden al supermercado o hipermercado (el así denominado "one stop shopping"). Esta característica es especialmente relevante y propia de los supermercados, y constituye un factor diferenciador respecto de otros canales de distribución minorista;*

*c.- Lo anterior supone, además, que el proveedor, por el hecho de vender sus productos a través de un supermercado o hipermercado, a lo menos en teoría dispone de un mayor*

control sobre las condiciones de exhibición y venta de sus productos, lo que no ocurre en el caso de los distribuidores mayoristas, ya que son estos últimos los que deciden a cuales minoristas venden los productos adquiridos a sus proveedores; y,

d.- Adicionalmente, las particulares condiciones logísticas y de exhibición y venta de los productos en los supermercados e hipermercados, en algunos casos pueden obligar al proveedor a efectuar inversiones específicas que no son requeridas para operar con otros canales de distribución.

**DUODÉCIMO:** Que, en consecuencia, este Tribunal analizará y ponderará los hechos consultados en autos teniendo presente que el mercado relevante de producto se limita exclusivamente al aprovisionamiento, por parte de proveedores y distribuidores mayoristas, de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, a supermercados, para su distribución minorista a consumidores finales.

## **II. B.- Mercado geográfico.**

**DÉCIMO TERCERO:** Que, de acuerdo con los antecedentes que constan en el proceso, este Tribunal estima que el mercado geográfico relevante es el del aprovisionamiento, por parte de proveedores mayoristas, de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, a supermercados dentro del territorio de la República de Chile, para su distribución minorista a consumidores finales, principalmente tomando en consideración: (a) Que las prácticas consultadas se refieren a relaciones entre proveedores nacionales o extranjeros con supermercados instalados y con operaciones dentro de dicho territorio; y (b) Que un proveedor promedio, por lo general, busca que sus productos se distribuyan en gran parte del territorio nacional.

## **III.- Concentración en el mercado relevante.**

**DÉCIMO CUARTO:** Que, este Tribunal tiene presente que la participación de los supermercados entre los minoristas, ha estado creciendo fuertemente en los últimos años en todo el mundo. Que, a su vez, la concentración dentro del segmento de los

*supermercados ha aumentado fuertemente en Chile, constatándose que la participación en las ventas de las dos principales cadenas, D & S y Jumbo, supera hoy el 55% del mercado relevante con participaciones individuales de 32,92% y 23,03%, respectivamente (fs. 39 del informe de la FNE), incluyendo en esta última cifra la reciente compra de la cadena Montecarlo. Indicadores adicionales de concentración están contenidos en el informe de la FNE, de lo cuales también se puede desprender el alto grado de concentración que presenta la industria. Este último dato, a su vez, refleja el grado de poder de compra de los supermercados en relación con lo que aquí hemos denominado "proveedor promedio", tal como se analizará en el considerando decimosexto de esta sentencia.*

#### **IV.- Barreras a la entrada.**

**DÉCIMO QUINTO:** *Que, la evidencia disponible tiende a señalar que la magnitud de las barreras a la entrada al mercado relevante es perceptible. Si no existieran tales barreras, el poder de compra de los supermercados debiera tender a reducirse con la entrada de nuevos competidores. Sin embargo, la agresiva y publicitada estrategia de crecimiento de los principales supermercados constituiría una barrera estratégica para potenciales entrantes a este mercado. Así, se podría desincentivar la entrada incluso en localidades en que no se han instalado las principales cadenas, pero en los que éstas han efectuado compras de terrenos.*

*También puede contribuir a erigir barreras a la entrada el hecho que las principales cadenas de supermercados han diversificado los formatos de sus establecimientos, tendiendo a cubrir distintos nichos del negocio. Asimismo, es un hecho público y notorio que en el último tiempo no ha ingresado y permanecido ninguna cadena de supermercados relevante con posibilidades de amagar la posición de D&S o Jumbo. El último ingreso de una cadena relevante fue el caso de Carrefour, que abandonó el país luego de no alcanzar una participación significativa en el mercado y, de paso, fue adquirida por D&S. También es sintomático que Falabella haya ingresado a la industria de supermercados a través de la compra de una cadena existente, en vez de hacerlo creando su propia cadena.*

## **V.- Poder de mercado.**

**DÉCIMO SEXTO:** *Que el aumento en la importancia y concentración del canal de distribución de supermercados, junto con las barreras a la entrada perceptibles, resultan en una alta dependencia de muchos proveedores en su relación con las mayores cadenas de supermercados, que puede denominarse "Poder de compra".*

*El poder de compra permite al comprador beneficiarse con menores precios, que incluyen descuentos no relacionados con costos y que no prevalecerían en una situación competitiva.*

*El uso de este poder de compra puede reducir el atractivo del negocio para los proveedores, algunos de los cuales permanecerán en el mercado sólo mientras sus ingresos cubran sus costos variables (corto plazo) y se irán de éste cuando sus activos fijos se deprecien (mediano y largo plazo). Ello podría reducir la oferta de bienes y el bienestar de los consumidores y la probabilidad de supervivencia del comercio más pequeño que no tiene el poder de mercado necesario para imponer descuentos adicionales a sus proveedores, lo que a su vez puede aumentar el poder de compra de los supermercados.*

*Este poder de compra podrá ser explotado con mayor intensidad mientras mayores sean las barreras a la salida de los proveedores. Las barreras de salida para un proveedor promedio se constituyen a partir de la existencia de activos específicos. Un activo se califica como específico o dedicado a una relación comercial determinada cuando su valor se reduce al utilizar tal activo en una relación comercial alternativa. El monto de activos específicos depende del porcentaje en sus ventas que representa para el proveedor el supermercado en cuestión y la cantidad de activos que ha invertido en esa relación comercial en particular y que no serían igualmente valiosos en otra. Así, el poder de mercado o poder de compra de los supermercados es más fuerte sobre los proveedores más pequeños o que, en el extremo, destinan toda su producción a sólo una cadena de supermercados.*

**DÉCIMO SÉPTIMO:** *Que, adicionalmente, en el mercado de la distribución minorista existen otras prácticas utilizadas por los supermercados que, no estando relacionadas necesariamente con su poder de mercado, pueden tener como efecto un aumento en el mismo y en el grado de concentración de la industria. Un ejemplo de estas prácticas es la*

venta bajo el costo, si ésta se hace en forma persistente en productos de consumo masivo, o la imposición a los proveedores de cláusulas contractuales que restrinjan las condiciones en que puedan comercializar sus productos con otros supermercados u otros minoristas.

#### **VI.- Conductas cuestionadas.**

**DÉCIMO OCTAVO:** *Que, se ha planteado en autos, por la AGIP y por la FNE, una serie de conductas, por lo que este Tribunal debe analizar cuáles de ellas podrían ser abusivas y afectar la competencia y el bienestar de los consumidores. La mayor parte de estas prácticas, si bien parecen abusivas, pueden existir tanto en un mercado competitivo como en uno en que los supermercados tengan poder de compra del que estén abusando, por lo que su ilicitud deberá ser analizada caso a caso en el futuro por este Tribunal, en caso que sean sometidas a su conocimiento.*

*Así por ejemplo, aún en competencia perfecta entre los supermercados, es altamente probable que éstos cobrarán más por el uso de ciertas ubicaciones privilegiadas en las góndolas que por otras ubicaciones; que cobrarán a un proveedor por incluir su producto en un folleto publicitario; que retrasarán los pagos a los proveedores de productos de menor rotación, entre otras. Sin embargo, en un mercado competitivo estos cobros se fijan en la negociación entre las partes y no son impuestos por una de ellas. El problema es que, si existe poder de compra, estas mismas prácticas podrían ser usadas en desmedro del excedente del productor, más allá de lo que ocurriría en un mercado competitivo.*

*Adicionalmente, dado que el poder de compra del supermercado varía con respecto a cada proveedor, no es claro si el tratamiento que cada uno recibe se deba a las características del producto o pueda deberse a un ejercicio abusivo de dicho poder de mercado. Por ejemplo, los plazos más largos de pago, en competencia, se le asignarían a los productos de menor rotación y, en cambio, en un escenario con distintos grados de poder de compra, se le podrían aplicar a productos de alta rotación pero cuyo productor depende en forma importante de ese canal de distribución. Así, la distribución de los costos de financiamiento también puede estar distorsionada a medida que el mercado se aleja del equilibrio competitivo.*

**DÉCIMO NOVENO:** *Que, el utilizar el poder de mercado para reducir los pagos a proveedores tiene los mismos efectos que utilizar una posición dominante para aumentar el precio de venta. En este sentido, la utilización abusiva de la posición dominante puede llevar a alterar los precios reduciendo la cantidad producida y el bienestar de la sociedad como un todo.*

**VIGÉSIMO:** *Que, no es válido extender a todos los proveedores ni al que se ha denominado como "proveedor promedio", la defensa presentada por los supermercados en el sentido de que la utilización de su poder de compra neutraliza la posición dominante de sus grandes proveedores. En primer término, los proveedores de menor tamaño, sin poder de mercado, no son capaces de fijar precios superiores a los competitivos y por lo tanto el poder de compra de los supermercados no tiene efectos neutralizadores. En segundo lugar, si los grandes proveedores tienen poder de mercado, el uso por parte de los supermercados de su propio poder de compra, podría reducir el precio al que los proveedores venden sin que ello implique un atentado a la libre competencia. Por el contrario, ello podría redundar en un aumento de la eficiencia económica que beneficiaría en último término a los consumidores, siempre que el supermercado no ejerza un poder de mercado en sus ventas sobre estos últimos.*

**VIGÉSIMO PRIMERO:** *Que, tampoco es prueba concluyente de la inexistencia de poder de compra de los supermercados dominantes en el mercado, el hecho que su rentabilidad sea normal. Ello debido a que industrias con alto crecimiento, como ésta, pueden incluso mostrar rentabilidades negativas en períodos de gran expansión de activos aún no explotados comercialmente, con el fin de crecer en el mercado y posteriormente rentabilizar tal crecimiento.*

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** *Que, debe tenerse presente además, al analizarse las conductas en el sector de supermercados, del cual depende un porcentaje creciente de la producción comercializada en el país, que las prácticas instauradas por una cadena suelen ser imitadas por otras para mantener su posición en el mercado, agravándose los posibles efectos de tales conductas.*

**VIGÉSIMO TERCERO:** *Que, si los supermercados tienen políticas de precios y condiciones de compra a los proveedores no discriminatorias, que se aplican por igual a los proveedores que tienen poder de mercado y a los que no lo tienen, ello tendería a reducir la posibilidad de abusos por parte de los supermercados en contra de estos últimos.*

**VIGÉSIMO CUARTO:** *Que, en el análisis de las conductas indicadas en el informe de la FNE, intentaremos distinguir, por una parte, aquellas conductas efectuadas por supermercados que tienen poder de compra para reducir el pago efectivo a sus proveedores y, por la otra, las conductas que podrían tender a aumentar su participación de mercado y redundarían probablemente en un mayor poder de compra en el futuro. Dentro del primer grupo separaremos las conductas unilaterales impuestas ex post; las conductas impuestas con conocimiento previo del proveedor y las conductas que asignan el riesgo en forma ineficiente.*

#### **VI. A.- Conductas unilaterales ex post.**

**VIGÉSIMO QUINTO:** *Que, parece ser usual que el proveedor, después de entregar su producto al supermercado, se encuentre con cobros y descuentos no acordados o con un tratamiento de su mercadería inferior al pactado, lo cual ha sido reconocido por D & S a fojas 131 y siguientes del traslado evacuado por ella y se encuentra acreditado en autos a su respecto en relación con la presentación que consta a fojas 17, de AGIP, respecto de la promoción de chocolates Nestlé [respuesta de D & S a la FNE, de fecha 30 de enero de 2002, que consta en el cuaderno de documentos, Tomo I ]. Desde un punto de vista de eficiencia económica, estos comportamientos tienen el efecto de aumentar la incertidumbre del negocio del proveedor afectado que puede producir en el largo plazo incluso su salida del mercado y, dado el aumento del riesgo, puede dificultar que entren nuevos. Con ello se podría limitar la competencia en el sector de los proveedores a aquellos que pueden soportar un mayor riesgo y no necesariamente a los más eficientes en la producción del bien.*

*Para realizar este tipo de conductas no es necesario tener un gran poder de mercado en el sentido de ser un actor dominante en el sector, ya que una vez que el*

*producto ha sido entregado al supermercado, este último puede adoptar conductas oportunistas al menos sobre esa partida. Sin embargo, en un escenario con un grado de competencia razonable un supermercado no podría repetir este tipo de conductas puesto que el proveedor optaría por venderle a otro canal de distribución.*

*En el sector supermercados, sin embargo, estas conductas no sólo se repiten sino que, muchas, una vez adoptadas permanecen en el tiempo y, por tanto, dejan de ser expost, lo que es también indicarlo de su poder de mercado. Esas se analizarán en el siguiente considerando.*

#### **IV. B.- Conductas unilaterales ex ante.**

**VIGÉSIMO SEXTO:** *Que, un buen ejemplo de este tipo de conductas es la extensión en el tiempo promedio de pago de los productos entregados por los proveedores. De acuerdo a lo constatado por la FNE en su informe de fs. 44, este lapso aumentó de 44 a 80 días en sólo dos años. Otras conductas fijadas unilateralmente, pero conocidas - en general - por los proveedores al momento de despachar sus productos son el rappel (entendiendo por tal una especie de comisión, calculada como un porcentaje del precio de venta a público, por cada producto de un determinado proveedor que pasa por caja), inversiones, costo de reponedores, entre otras.*

*En un mercado competitivo, en que los supermercados no tuvieran "poder de mercado" estas condiciones, si fueren conocidas por el proveedor, no tendrían ningún efecto en la eficiencia o en el bienestar social, puesto que los proveedores optarían por el comprador que ofrece mejores condiciones y, éstos, a su vez competirían por obtener los productos necesarios para conformar la oferta de su establecimiento. Por el contrario, en un mercado en que el comprador tiene poder de compra sobre el proveedor, estas conductas podrían tener efectos similares que las conductas indicadas en el considerando anterior.*

#### **IV. C.- Conductas que conllevan asignación ineficiente de riesgo.**

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** *Que, existen una serie de conductas que imponen los supermercados con el efecto de asignar riesgos del negocio de la distribución a los*

proveedores, no siendo estos riesgos realmente controlables por ellos. En este grupo se encuentran por ejemplo, los descuentos por mermas. Estas conductas, además de reducir la competitividad de los proveedores y tener por ello los mismos efectos en el mercado de los productores que aquellas descritas precedentemente, pueden producir ineficiencias puesto que el que paga los costos de una acción no siempre es quien las lleva a cabo y podría disminuirlos. Así, los supermercados no tienen el incentivo para reducir las mermas si pueden cobrar íntegramente su costo a los proveedores, que poco o nada pueden hacer para evitarlas. Este tipo de prácticas no sobreviviría en un mercado en que los compradores no tuviesen poder de compra, ya que la competencia llevaría a adoptar los incentivos para que la producción sea eficiente en toda la cadena.

#### ***IV. D.- Prácticas destinadas a aumentar la participación de mercado o el poder de compra.***

##### ***IV. D. 1.- Ventas bajo el costo.***

**VIGÉSIMO OCTAVO:** *Que, la venta bajo el costo es una de las practicas consultadas por la AGIP. Sostienen los consultantes que enfrentan problemas cuando los supermercados deciden vender bajo el costo los productos que ellos proveen. Se podrían producir desequilibrios en sus sistemas de distribución y comercialización y pérdida de reputación dado que el resto del comercio puede interpretar que los productos en promoción son vendidos al supermercado a un precio inferior.*

*Efectivamente los supermercados podrían estar dispuestos a asumir las pérdidas que les producen los productos promocionales para así aumentar la demanda de otros productos en los cuales obtienen márgenes suficientes para cubrir las pérdidas generadas en los primeros.*

*Desde el punto de vista de la competencia, la venta bajo el costo podría ser perjudicial en la medida que la desaparición de la competencia minorista de menor tamaño, que no puede aplicar subsidios cruzados, tuviera efectos negativos en el largo plazo. La evidencia que encuentra el estudio "Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the UK", realizado por la Comisión de la Competencia del Reino Unido, es que en ese país varios supermercados adoptan "...la práctica de vender, en forma persistente, algún producto de compra frecuente bajo el costo. Esta venta*

*bajo el costo es una de las vías que tienen estos canales de distribución, para evitar que la mayoría de sus productos no estén totalmente expuestos a presiones competitivas." (Traducción libre, ver <[http://www.competitioncommission.or.uk/rep\\_pub/reports/2000/446super.htm](http://www.competitioncommission.or.uk/rep_pub/reports/2000/446super.htm)>) Si bien esta práctica puede beneficiar a algún consumidor en particular, podría afectar a la libre competencia si causa una mayor concentración en el mercado al destruir a los minoristas más pequeños, quienes no pueden utilizar estos subsidios cruzados.*

*Por ello, este Tribunal estima que, en principio, las ventas bajo el costo que se efectúen a fin de promocionar un producto y siempre que duren un corto periodo, no son per se contrarias a la libre competencia pero, cuando éstas ventas se hacen persistentes o se utilizan para destruir competidores, constituyen un arbitrio que limita la competencia.*

#### **IV. D. 2.- Marcas propias.**

**VIGÉSIMO NOVENO:** *Que este Tribunal estima que la sola presencia de marcas propias no es en si contraria a la libre competencia, pero si éstas se exhiben en forma tal que confundan a los consumidores, ello podría constituir un acto de competencia desleal y, en el caso de los supermercados que cuentan con poder de mercado, podría tener el efecto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el respectivo mercado, siendo en tal caso una conducta contraria a las normas que protegen la libre competencia, según lo dispuesto en el artículo 3, letra c), del D. L. 211.*

**TRIGÉSIMO:** *Que, en estos autos no se han denunciado ni acreditado hechos concretos que puedan ser objeto de sanción, dado que se trata de una consulta, por lo que este Tribunal se limitará a efectuar prevenciones y adoptar medidas para que este tipo de conductas, en cuanto sean contrarias a la libre competencia, no se produzcan en el futuro y, de producirse, sean debidamente sancionadas y dejadas sin efecto.*

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** *Que, a fojas 17 AGIP sostuvo que Supermercados Líder (D & S) realizó una promoción para chocolates que ofreció vender al consumidor durante los días 21, 22, 23 y 24 de diciembre del año 2001, con un descuento especial de 30%, exigiéndole a las diversas empresas proveedoras participar en esta promoción. Este*

*Tribunal estima que ésta es una conducta contraria a la libre competencia, según lo razonado precedentemente, que no ha sido controvertida en autos y que se vería agravada si D & S hubiera retirado los chocolates de Nestlé de sus góndolas, a modo de represalia hacia dicha empresa.*

*Considerando que AGIP no formalizó una denuncia o demanda por dichos hechos, sino únicamente una consulta, según se lee en su presentación de fojas 25, este Tribunal no aplicará sanción a D & S, pero le previene que debe abstenerse de efectuar prácticas como la indicada.*

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Ley N° 211, y artículo quinto transitorio de la Ley 19.911, se **RESUELVE**:

**Primero:** *Que las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa deben abstenerse de realizar conductas que impliquen alterar ex post y unilateralmente el precio y las demás condiciones de las compras previamente acordadas con los proveedores.*

**Segundo:** *Que las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa deben establecer en forma objetiva y no discriminatoria las condiciones en las que efectuarán sus compras a los proveedores, debiendo informar a cada uno de ellos, antes de efectuarles compras, cuáles son éstas.*

**Tercero:** *Que dadas las imperfecciones y el grado de concentración que se observan en este mercado, se ordena a cada una de las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa y a las personas relacionadas con cualesquiera de ellas, en los términos dispuestos en el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, hasta llegar a sus controladores finales, que consulten a éste Tribunal, en forma previa, cualquier negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique directa o indirectamente su integración o fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas; y,*

*Cuarto: Que se previene a Distribución y Servicios D & S S.A. que en el futuro debe abstenerse de efectuar conductas como las descritas en el considerando trigésimo primero precedente”.*

## **7. Comentarios.**

Compartimos los razonamientos contenidos en la sentencia, por cuanto las conductas que han sido objeto de la consulta no podrían permanecer en el tiempo dándose los requisitos de una competencia perfecta. Sin embargo, hacemos un pequeño alcance al considerando Vigésimo Octavo, que se refiere a las ventas bajo el costo, toda vez que el TDLC se ha limitado a reprochar la conducta indicada por cuanto ésta obliga a salir del mercado a los pequeños distribuidores que no pueden efectuar subsidios cruzados, lo que acarrea el incremento del poder de compra de las grandes cadenas y, en este sentido, la sentencia sólo ha velado por la libre competencia entre *distribuidores* y no ha hecho un pronunciamiento de fondo por los perjuicios que estas prácticas producen a los proveedores, y que consisten en desequilibrios en sus sistemas de distribución y comercialización, y pérdida de reputación; lo que no les permite competir de igual forma con los demás proveedores que venden los mismos productos, produciéndose así, en forma indirecta, un atentado a la libre competencia entre *proveedores*, que debe ser corregido.

Nos parece acertada la parte resolutive de la sentencia, en cuanto ordena a los supermercados que han sido parte en la causa a abstenerse de modificar los precios y demás condiciones de compra con posterioridad al perfeccionamiento de los acuerdos respectivos, dando así certeza a los proveedores y eliminando la barrera a la entrada constituida por la incertidumbre del mercado.

Concordamos también con la necesidad de que las condiciones de compra se establezcan en forma objetiva y no discriminatoria, de manera clara, transparente y, por supuesto, ex ante, y asimismo con la prevención a D&S en cuanto debe abstenerse de efectuar conductas como las descritas en el considerando trigésimo primero de la sentencia. Sin embargo, la orden dirigida únicamente a las cadenas que han sido parte en la causa y que las obliga a consultar al TDLC, a priori, cualquier “negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique directa o indirectamente su integración y fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas”, merece alguna observación.

Se ha sostenido que el rol del TDLC debiera ser penalizar conductas que atentan contra la libre competencia *ex post*, y no establecer limitaciones a la actividad económica *ex ante*.<sup>51</sup>

El verdadero problema de los monopolios y oligopolios, o en este caso, de los monopsonios y oligopsonios, es la ineficiencia que significa una producción menor a la socialmente óptima; pero, sin embargo, cuando estamos en presencia de monopsonios naturales, la utilización de economías de escala puede llegar a producir un beneficio mayor que el perjuicio que conlleva el fenómeno en comento.

Luego, el tamaño de la empresa puede ser considerado como un premio otorgado por los consumidores a la eficiencia, en este caso, del distribuidor y, por tanto, la concentración del poder de compra no puede ser considerado un hecho sancionable per se, y menos, erradicarlo a priori. Lo que causa un perjuicio a la riqueza social y a la libre competencia son las conductas abusivas, y no la concentración propiamente tal, aún cuando ésta sea requisito para aquella.<sup>52</sup> Junto a lo anterior, atendiendo al tenor de la ley, el artículo 3° de D.L. 211 sanciona al que “ejecute o celebre (...)”, por tanto, se refiere a hechos consumados, y no a posibles futuras infracciones a la ley.

En contrario, podemos sostener que la orden del TDLC se limita a tener que ser consultado por las grandes cadenas que han sido parte en la causa, lo que no significa que se esté prohibiendo los actos a que se refiere el punto tercero de la parte resolutive de la sentencia en comento, y los artículos 1° y 2° del D.L. 211 son lo suficientemente amplios como para entender que el TDLC tiene un rol preventivo activo en el resguardo de la libre competencia. Por lo demás, ciertos actos, como la fusión de grandes cadenas en la industria en estudio significan grandes inversiones y costos; y que en caso de producirse una infracción de ley, la corrección de dichos actos podría ocasionar pérdidas irreparables.

Desde otro punto de vista, la sentencia 9/2004 tiene el mérito de ser perfectamente concordante con las leyes que regulan los efectos de los actos jurídicos en general, y en particular, con los efectos de los contratos.

La orden dirigida a los supermercados que han sido parte en la causa de abstenerse de modificar los precios y demás condiciones de compra con posterioridad al perfeccionamiento de los acuerdos respectivos es concordante con el principio de la “Ley

---

<sup>51</sup> Domper Rodríguez, María de la Luz: “Análisis económico de la sentencia del Tribunal de la Libre Competencia respecto del comportamiento de los supermercados”. Pág. 303.

<sup>52</sup> Ver Stanley Fisher, Rudiger Dornbusch y Richard Schmalensee: “Economía”. Pág. 318.

del contrato”, haciéndose un aplicación indirecta del artículo 1545 del Código Civil. Asimismo, impone el acatamiento a las normas particulares que regulan cada uno de los contratos celebrados entre proveedores y supermercados, V.gr, respetando el plazo de las compraventas sujetas a esa modalidad.

Por su parte, la obligación de establecer en forma objetiva y no discriminatoria las condiciones en las que los retailers efectuarán sus compras a los proveedores, debiendo informar a cada uno de ellos, en forma anticipada, cuáles son éstas y las condiciones de las mismas, es armoniosa con la aplicación del principio de buena fe que ilumina nuestra legislación, que en esta materia se encuentra contenida principalmente en el artículo 1546 del Código Civil; y que se ha entendido extensivo no sólo a la ejecución del contrato, sino también a todo el *iter* contractual, incluyendo los tratos preparatorios, respecto de los cuales se hace exigible, por tanto, el deber de lealtad, rectitud y corrección que deben observar las personas en sus relaciones jurídicas y que el medio les impone como socialmente obligatorias en el momento y lugar de la celebración del contrato.

Por último, la prevención hecha a D&S, por la cual deberá abstenerse en el futuro de forzar a los proveedores a participar de promociones, ha materializado en el caso concreto los dos principios mencionados precedentemente; así, D&S no puede imponer condiciones de venta unilateralmente, ni tampoco podrá amenazar a los proveedores con el retiro de los productos de sus estanterías; como imponen las reglas ya señaladas.

En definitiva, *mutatis mutandis*, el TDLC haciendo sólo aplicación del DL 211 ha llegado al mismo resultado que si el asunto hubiese sido conocido por la justicia ordinaria o arbitral, con la salvedad, claro, que el caso en comento se trató de una consulta y no de un requerimiento.

## **VIII. CONTRATO MARCO PROPUESTO POR LA FNE.**

El 18 de Agosto de 2006 la FNE formuló un requerimiento ante el Tribunal de la Libre Competencia en contra de D&S y Cencosud por “*desarrollar desde hace varios años agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento, que comprenden, de modo sustancial, la toma de control de competidores y la adquisición de terrenos potencialmente aptos para instalar supermercados, con lo cual, por una parte ha eliminado competidores actuales,*

*concentrando en su favor la industria y, por la otra, han levantado una fuerte barrera estratégica a la entrada de nuevos competidores, generando para sí un enorme poder de mercado, con el consiguiente riesgo de abuso, concertado o unilateral, para consumidores, competidores actuales, y proveedores.*

*A la par de lo anterior, tanto D&S como Cencosud, efectivamente han ejercido ese poder de mercado, específicamente su poder de compra, en contra de sus proveedores, imponiendo condiciones de compra subjetivas, discriminatorias y sorpresivas, y alterando ex post y unilateralmente las ya acordadas”.<sup>53</sup>*

En lo que nos interesa, la FNE manifestó en este requerimiento los infructuosos esfuerzos por parte de la AGIP para alcanzar un acuerdo general con los supermercados, principalmente D&S y Cencosud, haciendo presente que si esta dificultad existe para la AGIP, que reúne a proveedores presumiblemente menos vulnerables, mayor dificultad viven los proveedores de menor tamaño, más dependientes de los supermercados y, por ende, más gravemente afectados por las operaciones de concentración.

Con el objetivo de regular estas relaciones es que solicita al Tribunal de la Libre Competencia que imponga a las requeridas, D&S y CENCOSUD, un contrato marco, cuyo contenido mínimo sería el siguiente:

1. La definición de las transacciones y servicios, con sus precios y tarifas, en términos generales, que son susceptibles de pactarse entre el supermercado y sus proveedores y los criterios objetivos y no discriminatorios para su concreción. No podrán pactarse más transacciones y servicios que los previstos en el contrato marco.
2. El contrato marco no podrá incluir ni permitir, el establecimiento de las siguientes transacciones y servicios:
  - a. Servicios y cobros a proveedores que no tengan una contraprestación clara y verificable, como cobros a suma alzada por mermas u obsolescencias que no digan relación con el historial del proveedor o no permitan su verificación y retiro;
  - b. Servicios y cobros vinculados a riesgos propios del supermercado, como premios o resarcimientos por logros o fracaso de las metas de ventas de las mercancías;

---

<sup>53</sup> FNE. [www.fne.cl](http://www.fne.cl). Sección Actuaciones, link “Requerimientos”. Causa Rol C N° 101/2006 <[http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/f81156e731dc3a808425733e005de0c3/87AE5D12C2DFB10B842571D2006FE80B/\\$FILE/Supermercados.pdf](http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/f81156e731dc3a808425733e005de0c3/87AE5D12C2DFB10B842571D2006FE80B/$FILE/Supermercados.pdf)>

- c. Cobros que impliquen barreras a la entrada o a la salida para los proveedores, como ingreso del proveedor a la cadena, "deslize" o salida de la lista de proveedores o "escala de ventas" o comisiones en función de las mayores ventas de productos del proveedor dentro del rubro.
  - d. Cobros relativos a inversiones y costos asociados a la expansión o crecimiento de la cadena de supermercados, como renovación o inauguración de locales. y,
  - e. Cobros relativos a la relación de los proveedores con competidores del supermercado, como "igualación de precio en caja".
3. El compromiso de pago del precio de las mercancías por el supermercado al proveedor en un plazo máximo de treinta días, sin perjuicio del plazo menor que se pacte en cada caso en particular, en atención a la rotación de las mercaderías. Los plazos que en el caso concreto se pacten serán también aplicables para los pagos que deba realizar el proveedor al supermercado.
4. Las facilidades que entregará el supermercado a los proveedores que decidan mantener sus propios reponedores, sin perjuicio de la facultad del supermercado de emplear los suyos.
5. La negociación, en períodos preestablecidos y acotados en el tiempo, de los términos de la relación entre el supermercado y cada uno de sus proveedores, por un determinado período, debiendo constar por escrito los acuerdos alcanzados. En lo no expresamente previsto, deberá regir el contrato marco. En caso de no requerir, ninguna de las partes, en el período habilitado para ello, la referida negociación, regirán los acuerdos alcanzados para el período anterior;
6. La inmutabilidad de las condiciones pactadas en el período previsto para su vigencia, la que será de un mínimo de un año, de manera que no podrán imponerse, con posterioridad al pacto, menores precios, descuentos, cobros no previstos a proveedores, etc.; y,

7. Un mecanismo de solución de controversias que garantice imparcialidad, celeridad y compensaciones adecuadas a los incumplimientos, sin perjuicio del reconocimiento expreso del derecho de los proveedores a recurrir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o a la Fiscalía Nacional Económica.

Frente al requerimiento formulado por la FNE, la cadena de supermercados D&S llegó a un avenimiento con la autoridad económica el 03 de Enero de 2007, donde se comprometió a implementar un documento que estableciera los términos y condiciones generales de aprovisionamiento de mercaderías<sup>54</sup>. Este acuerdo, que cumple en gran medida con las exigencias de un contrato marco, se concretó con la publicación del mencionado instrumento el 03 de mayo de 2007 en la página Web del retailer.

Por su parte, Cencosud se negó a adoptar un contrato marco. Decidiendo mantenerse en juicio contra la FNE ante el TDLC en causa rol C N° 101-2006.

## **IX CÓDIGO DE ÉTICA PARA LOS SUPERMERCADOS.**

A propósito de las denuncias formuladas por los proveedores en contra de la industria de los supermercados por la utilización de prácticas comerciales abusivas, se ha insinuado como una solución posible la creación de un Código de Ética Comercial para el sector. Esta insinuación, por parte de la FNE, se concretó en Octubre de 2004 con el anuncio del presidente de la ASACH, Fernando Alvear, durante el VI encuentro de “Jornadas supermercadistas”, de un proyecto de Código de Buenas Prácticas.

### **1. Reacción de las grandes cadenas de supermercados.**

Nicolás Ibáñez, director ejecutivo de D&S calificó la iniciativa como un intento de corporativizar el sector: *“Me parece nefasto y muy penoso”*. Por su parte, Horst Paulmann, dueño de los supermercados Jumbo, Santa Isabel, Las Brisas y Montecarlo afirmó: *“Los que están más preocupados de esto son los industriales que reclaman y los supermercados*

---

<sup>54</sup> TDLC, <[http://www.tdlc.cl/db\\_images/resoluciones\\_intermedias/45af69ac13161\\_101-06%20\(2\).doc](http://www.tdlc.cl/db_images/resoluciones_intermedias/45af69ac13161_101-06%20(2).doc)>

*menores se van acoplando. El problema para ellos es que la competencia la van a tener igual, porque nosotros con código o sin código vamos a hacer lo mismo”.*<sup>55</sup>

Estos descargos se formularon en el mismo encuentro en que se anunció el código, frente a una audiencia compuesta en gran medida justamente por empresas proveedoras y pequeñas cadenas de supermercados.

## **2. ¿Qué tan beneficioso podría ser para el sector una regulación de este tipo?**

Pensamos que la elaboración de un Código de estas características es un tema complicado, puesto que al intentar regular la competitividad de la industria se puede perjudicar al consumidor final, quien hasta el momento, ha sido el único beneficiado de esta “guerra” entre supermercados y proveedores.

El actual gerente general de D&S Enrique Ostalé considera que *“sin querer, la autoridad al empujar a la industria a tener un código de autorregulación, que implica en el fondo ponerse de acuerdo en una serie de cosas, puede derivar en el futuro en que ese acuerdo siga ampliándose. Eso por un lado. Por otro está la pregunta de qué regulaciones realmente son inocuas para el consumidor y buenas para ellos -proveedores y supermercados- para hacer la relación más equitativa y transparente. Hay países en los que se pueden dar el lujo de imponerles ese costo a los consumidores. Pagar más para fundamentar que los retailers y proveedores se lleven bien...las personas en Chile lo van a pagar, pero nunca se van a enterar”.*<sup>56</sup>

En seguida, debemos considerar el rol que en dicho acuerdo jugarían los pequeños proveedores. No podemos olvidar que los principales interesados en la creación de este Código son los grandes industriales asociados a la AGIP, mientras que las Pymes han sido derechamente excluidas de toda negociación, no siendo invitadas a reunión alguna para debatir el asunto. ¿La razón?, probablemente las marcas propias de los supermercados. Sabido es que el tema de las marcas propias ha sido detonante en la difícil relación entre ambos sujetos, los proveedores se quejan de la privilegiada ubicación que el supermercado les da en sus góndolas, de sus envases sospechosamente parecidos al de marcas tradicionales

---

<sup>55</sup> Diario Las Últimas Noticias, [www.lun.cl](http://www.lun.cl). 27 Octubre de 2004.

<sup>56</sup> FNE, sección “Fiscalía en Prensa”.

<<http://www.fne.cl/fne/Actualidad.nsf/0/f7ad63cdf03c847088256ecc00611e1b?OpenDocument>>

y en definitiva de la competencia que estos productos representarían para su industria. En razón de lo anterior, seguramente un Código de Buenas Prácticas Comerciales regularía con especial celo esta materia, pero los pequeños proveedores no estarían de acuerdo con limitar tales productos ya que son ellos quienes los fabrican. Entonces, dentro del mismo gremio de proveedores tendríamos discrepancias al debatir acerca de los productos con marca propia y para evitar divisiones al momento de plantearse frente a los supermercados sería conveniente excluir a las Pymes, cuyos intereses estarían más cercanos a los del retailer en este punto.<sup>57</sup>

### **3. ¿Código Voluntario o Ley?**

Resulta también interesante plantear la alternativa de una ley en vez de un Código voluntario. ¿Qué será más eficiente?

La experiencia internacional nos demuestra que una ley, por sí sola, no soluciona realmente el problema. En Francia se dictó una ley que prohibía muchas de las conductas que actualmente están en discusión por su carácter aparentemente abusivo y la situación entre proveedores y supermercados no mejoró pues, contrario a lo que uno podría suponer, las denuncias no se multiplicaron. Muy pocos fueron los que se atrevieron a hacer valer la normativa legal acudiendo a los tribunales, la mayoría optó por el silencio, movidos quizás por el miedo a las represalias comerciales o incapaces de asumir los costos de un juicio de esta naturaleza, generalmente largos, complicados, onerosos e inciertos.<sup>58</sup>

Por lo anteriormente expuesto parece interesante la idea de un Código voluntario; éste, reduce los tiempos de espera en el evento de producirse un conflicto entre las partes, siendo significativamente inferiores al de un juicio; entrega la solución de la controversia a un experto en la materia, un árbitro, quien a diferencia de un juez no partirá “desde cero” en el estudio del caso, pues se trataría de un profesional con estudios específicos en el sector; y, lo más importante, otorga la ventaja de tratarse de un instrumento que se caracteriza por su flexibilidad. Esta materia es esencialmente plástica y al regularla a través de una ley la estaríamos dotando de una inapropiada rigidez, la cual le impediría adaptarse con facilidad a

---

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> Ver Código de Buenas Prácticas Comerciales. Resumen Ejecutivo.  
<[www.mecon.gov.ar/secdef/basehome/cbpc.pdf](http://www.mecon.gov.ar/secdef/basehome/cbpc.pdf)>

la dinámica de la distribución comercial. Enseguida, al tratarse de un acuerdo al que han llegado en forma voluntaria las partes adquiere un especial valor para éstas, quienes se ven incentivadas a darle cumplimiento, toda vez que se trata de un mecanismo de solución implementado por ellos mismos.

#### **4. El Caso Chileno.**

Como hemos adelantado, a raíz de una propuesta formulada por la FNE, en Octubre de 2004 la ASACH planteó la creación de un Código de Ética a fin de regularizar determinadas prácticas que estaban generando un clima de tensión entre proveedores y supermercados.

La propuesta fue avalada por pequeñas cadenas de supermercados y por los grandes proveedores asociados a la AGIP, quienes ya en el 2001 habían enviado a la ASACH un proyecto de lo que ellos denominaron un “Código de Buenas Prácticas”.

En un primer momento D&S y Cencosud se mostraron totalmente hostiles a la proposición, pero con el tiempo fueron interesándose en la medida y comenzaron a participar en mesas de diálogo creadas para estos efectos.

Los avances en la materia han sido lentos, de hecho, durante el 2005 se habló de un “congelamiento en el Código” ya que mientras algunos trabajaban en él (fundamentalmente la AGIP y pequeñas cadenas de supermercados), D&S y Cencosud estaban más interesados en proyectos propios. En efecto, ese año la cadena de la familia Ibáñez estaba concentrada en potenciar nuevas divisiones de la empresa: Farmalider, el grupo de restaurantes, el área de vestuario, la división inmobiliaria y el negocio financiero (Presto). En tanto, Cencosud estaba preocupado de la toma de control de “Paris”.<sup>59</sup>

Durante el año 2006 se avanzó en la elaboración de este código, factor detonante para ello fue la polémica generada entre D&S y los proveedores con ocasión del sistema de reposición eficiente que éste pretendió introducir.

Cabe destacar que durante ese año cambió la visión que se tenía acerca de la naturaleza del documento a elaborar. Recordemos que el 2001 la AGIP presentó a la ASACH un proyecto de “Código de Buenas Prácticas”, el 2004 lo que anunció el presidente de la ASACH fue un “Código de Ética”, el que fue tajantemente rechazado por las más

---

<sup>59</sup> Ver artículo diario Financiero de 4 de abril de 2005: “*Congelado código de supermercados-proveedores*”. <<http://www.diariofinanciero.cl/template.asp?noticia=98985&tipobd=>>

importantes cadenas de supermercados, para luego, durante el 2005, morigerar dicha actitud hasta llegar al año 2006, fecha en la cual particularmente D&S comienza a participar activamente, en conjunto con la ASACH y **sin los proveedores** en lo que se denominó una “autorregulación”, la cual constaría de dos etapas, una que regule la actividad del sector y entre los asociados, y otra que mejore las relaciones con la industria proveedora.

A fines de 2006 se comentaba en el sector que la “autorregulación” o “código de buenas prácticas” ya estaría finalizado. En cuanto al contenido, éste tendría como eje principal el establecimiento de un ente mediador que resuelva las diferencias entre los actores, evitando así que se judicialicen todos los conflictos. Otro punto que estaría contenido en el marco autorregulatorio sería la eliminación de los acuerdos “de palabra” y los impedimentos en algunos contratos que no permitan cambios ulteriores y unilaterales.<sup>60</sup>

#### **4.1. Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías.**

No obstante estos rumores, llegamos al 2007 sin que el esperado código de buenas prácticas se concretara. Pero a falta de código D&S sorprendió a la industria haciendo de público conocimiento el documento “***Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías***”, en adelante TCGA, el cual fue publicado en su página Web el día Miércoles 02 de Mayo de 2007.

El instrumento contiene, precisamente, los términos y condiciones generales de aprovisionamiento bajo los cuales las filiales de D&S adquirirán los productos de los proveedores y éstos los aprovisionarán a las filiales de D&S. Se trata de “*términos y condiciones transparentes, generales, objetivas y conocidas con antelación, a las que se sujeten las relaciones con sus proveedores. Ello, sin perjuicio de las reglas especiales para los proveedores de menor tamaño y de los acuerdos específicos que dentro de aquel marco general, se pacten con cada proveedor*”.<sup>61</sup>

#### **4.2. ¿Cómo se origina el TCGA?**

El antecedente inmediato de este documento lo constituye el requerimiento presentado por la FNE el 18 de Agosto de 2006 en contra de Cencosud y D&S ante el

---

<sup>60</sup> Ver artículo Diario Financiero de 22 de noviembre de 2006: “*Supermercados afinan últimos detalles de marco regulatorio*”. <<http://www.diariofinanciero.cl/template.asp?noticia=137441&tipobd=>>

<sup>61</sup> D&S. [www.dys.cl](http://www.dys.cl), <<http://www2.dys.cl/pdf/tcga.pdf>>

Tribunal de la Libre Competencia, al cual ya hemos hecho referencia, por “*ejecutar y celebrar hechos, actos y convenciones que, o bien restringen o entorpecen la competencia en la industria supermercadista, o bien tienden a producir esos efectos...*”. Frente a este requerimiento D&S llegó a un avenimiento con la FNE el 03 de Enero de 2007.

En este avenimiento D&S se compromete a:

- 1) Mantener con sus proveedores relaciones sujetas a términos y condiciones transparente, generales y objetivas, conocidas con antelación, sin perjuicio de reglas especiales para aquellos proveedores de menor tamaño y de las particularidades que, dentro de aquel marco general, se pacten con cada proveedor.
  
- 2) Para ello D&S se obliga a elaborar, dentro del plazo de 90 días corridos contado desde que la resolución que apruebe este avenimiento se encuentre firme o ejecutoriada, un documento que establezca las condiciones de aprovisionamiento que regirán, de manera transparente, general y objetiva, las relaciones con sus Proveedores (“Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento” o “TCGA”).
  
- 3) Los TCGA serán públicos, de forma tal que a ellos tengan fácil acceso todos los Proveedores y los que en el futuro deseen serlo. Para estos efectos, D&S exhibirá en forma permanente los TCGA en su sitio Web.
  
- 4) Los TCGA darán cuenta, en general, de los aspectos comerciales, logísticos, operacionales y financieros aplicables a la relación entre D&S y sus Proveedores y, en particular, de las transacciones y los correspondientes cobros entre D&S y sus Proveedores, no pudiendo estipularse otras transacciones y cobros que los allí contemplados.
  
- 5) Los TCGA, en lo tocante a las transacciones y cobros, contemplarán la regulación de las órdenes de compra, los servicios que D&S presta a sus Proveedores y la remuneración de los mismos, y los cobros de D&S a sus Proveedores que se establecen en función del precio de las mercaderías. Por ende, a modo de ejemplo, los TCGA no podrán incluir cobros a Proveedores tales como el de igualación de precio en caja.

6) Los acuerdos específicos entre D&S y cada uno de sus Proveedores acerca de las condiciones de aprovisionamiento, las transacciones y la cuantía de los cobros a que den lugar -con excepción del precio de las mercaderías, cuya determinación se realizará a través de las correspondientes órdenes de compra-, deberán constar por escrito en acuerdos particulares complementarios a los TCGA (en adelante los “APC”) y, una vez suscritos por las partes, se entenderán formar parte de los términos y condiciones de aprovisionamiento específicamente aplicables a la relación existente con el Proveedor del caso.

7) No podrán pactarse otras transacciones y cobros entre D&S y sus Proveedores, que los establecidos en los TCGA, ni los APC podrán modificarse unilateralmente por D&S. Las actividades promocionales, de duración temporal, y los cobros o descuentos especiales a que den origen, deberán estar previstos en los TCGA y en los APC, debiendo su realización efectiva pactarse por escrito en forma previa.

8) Los APC tendrán una vigencia mínima de seis meses. No obstante, por la mayor variabilidad de los costos involucrados, los cobros vinculados a servicios de transporte y logística prestados por D&S a los Proveedores tendrán una vigencia mínima de tres meses.

9) D&S identificará de manera separada cada uno de los conceptos que den lugar a los cobros efectuados a sus Proveedores. Esta información detallada de cobros se describirá en los TCGA y los montos pactados con cada Proveedor por cada uno de esos conceptos constarán por escrito en los APC.

10) Los cobros mencionados precedentemente podrán reflejarse, en caso de así requerirlo voluntariamente los Proveedores, en descuentos aplicados en las facturas por venta de mercadería que aquellos emitan a D&S. Así, los cobros que efectúe D&S a los Proveedores que ejerzan la opción, serán exigibles conjuntamente con el pago de las facturas respectivas.

11) La opción antes mencionada se encontrará expresamente reconocida en los TCGA y D&S se obliga a respetarla en caso de ejercerla por escrito el Proveedor de que se trate, por medio de una comunicación enviada a D&S, la que constará en un formato estandarizado en

los TCGA. Ejercida la opción, ésta se plasmará en el APC correspondiente, y se mantendrá por un período mínimo de un año, que se renovará automática y sucesivamente por períodos de un año, salvo que el Proveedor manifieste su intención de volver al sistema de cobros con facturas de D&S con a lo menos 60 días de anticipación a la fecha en que expire el período original o la prórroga que se encontrare en vigencia.

12) D&S se compromete a pagar las facturas de venta de mercaderías de los Proveedores de Menor Tamaño, a más tardar, en la primera fecha de pago de D&S siguiente al transcurso del plazo de 30 días corridos, contado desde la fecha de su recepción conforme.

13) Se deja constancia de que, de acuerdo con su sistema de pagos, D&S paga las facturas de cada Proveedor en los mismos dos días distintos de cada mes, que corresponden, para dicho Proveedor, a las aludidas fechas de pago. En todo caso, las aludidas fechas de pago no podrán retrasar el pago a los proveedores de menor tamaño más allá de 15 días corridos desde el vencimiento de los 30 días corridos antes señalados.

14) Respecto de los demás proveedores, D&S efectuará el pago de sus facturas en los plazos que de común acuerdo determinen con D&S dentro del marco de las negociaciones que periódicamente llevan a cabo y que se viertan en los respectivos APC. Las Partes entienden que los plazos de pago de facturas podrán variar entre Proveedores, por diversos factores.

15) D&S asume el compromiso permanente de eliminar, respecto de los proveedores de menor tamaño, los cobros efectuados por concepto de exhibición y ofrecimiento de nuevos productos (entendiéndose por tales aquellos que no se hayan comercializado previamente en las salas de venta de los Supermercados D&S) o de productos de nuevos proveedores de menor tamaño (esto es, de aquellos proveedores de menor tamaño que no hayan sido previamente Proveedores). Todo lo anterior, habida consideración del derecho de D&S de definir quiénes son sus proveedores y de determinar los productos que exhibirá y ofrecerá en las salas de venta de los supermercados D&S.

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

17) D&S implementará, dentro del plazo de 180 días corridos contado desde que la resolución que apruebe este avenimiento se encuentre firme o ejecutoriada, un organismo denominado “Defensoría del Proveedor”, que dependerá de la Contraloría Corporativa de D&S, sin perjuicio de la fiscalización que a su respecto pueda realizar la FNE en el marco de sus atribuciones legales. El objetivo de la defensoría del proveedor será prevenir y resolver, de manera imparcial, objetiva, de buena fe, y en carácter de mediadora, cualquier controversia o dificultad que se produzca entre las entidades e instancias operadoras de los supermercados D&S y uno cualquiera de sus proveedores respecto de los acuerdos que rijan sus relaciones.

18) Los TCGA establecerán con precisión la composición y procedimiento con arreglo a los cuales la defensoría del proveedor prevendrá, mediará y resolverá los conflictos que se susciten entre D&S y sus Proveedores.

19) Lo anterior no obstará a que los proveedores puedan recurrir a la justicia ordinaria y/o a los organismos de defensa de la libre competencia para resolver las controversias que se generen con motivo de sus relaciones comerciales con D&S, en el caso que no quisieren recurrir a la Defensoría del Proveedor o que la solución planteada por éste no les fuese satisfactoria.

20) D&S implementará acciones de responsabilidad social con el objeto de incentivar y fomentar el acceso de nuevos proveedores a los supermercados D&S y/o de apoyar el emprendimiento y la innovación. Como ejemplo de esas acciones, D&S desarrollará concursos para incentivar el capital semilla, ferias regionales para pequeñas y medianas empresas proveedoras y programas de desarrollo para proveedores pequeños destinados a ayudarles a implementar mecanismos de control de calidad de sus productos.

- 21) En materia de operaciones de concentración, D&S deberá sujetarse a las normales legales generales vigentes en materia de defensa de la libre competencia.
- 22) Sin perjuicio de lo anterior, D&S se compromete a informar a la FNE de cualquier operación de concentración que pretenda realizar, con una antelación razonable, no inferior a 30 días corridos a su perfeccionamiento.
- 23) Las obligaciones que D&S asume en virtud del presente avenimiento, con excepción de aquellas que cuentan con un plazo especial de acuerdo a lo estipulado previamente, deberán ser cumplidas dentro del término de 60 días corridos contados desde que la resolución que lo apruebe se encuentre firme o ejecutoriada.

El avenimiento fue aprobado por el Tribunal de la Libre Competencia el 17 de Enero de 2007.

“El Tribunal consideró que el avenimiento es un avance desde el punto de vista de la libre competencia porque tendería a reducir la incertidumbre de los proveedores acerca de sus condiciones contractuales. Así, por una parte, D&S no podrá estipular otros cobros que los enumerados en los TCGA, y por otra, quedará impedida de modificar unilateralmente los acuerdos particulares escritos que se obliga a suscribir con todos sus proveedores.

El avenimiento fue aprobado en el entendido de los APC respetarán los principios de transparencia, generalidad y objetividad aplicables a los TCGA y que, además, ni los TCGA ni los APC podrán discriminar arbitrariamente entre los proveedores. A fin de prever ese riesgo, y asegurar que las condiciones de compra y los cobros que D&S efectúa a sus proveedores sean determinados sobre la base de criterios objetivos, se instruyó al Fiscal Nacional Económico para que fiscalice las condiciones contractuales específicas que D&S pacte con sus proveedores.

Con respecto al mecanismo de control de operaciones de concentración consignado en el avenimiento, el Tribunal manifestó su preferencia por la consulta pública, pero aprobó el mecanismo propuesto dado que éste no impide a D&S efectuar dichas consultas al Tribunal, ni a los terceros o a la FNE accionar en caso de estimar que tales operaciones ponen en riesgo la competencia. A estos efectos, instruyó al señor Fiscal Nacional

Económico a fin de que informe al público, en cuanto D&S le comunique las operaciones de concentración que pretenda realizar.

También se recomendó a D&S y la FNE adoptar un mecanismo efectivo de publicidad de los casos que se presenten y decisiones que se adopten por la Defensoría del Proveedor que instituirá D&S, conforme al avenimiento.

Finalmente, el TDLC dejó expresamente a salvo los derechos de terceros que no habían sido parte en la causa, como asimismo los derechos de la FNE y de los particulares de impugnar tanto el contenido de los TCGA como el de los APC, en caso de no ajustarse a las normas de defensa de la competencia.”<sup>62</sup>

De esta manera, con la venia de la FNE y la aprobación final del TDLC, D&S publicó sus términos y condiciones generales de aprovisionamiento logrando así, autorregular su industria.

#### **4.3. ¿Reemplazará esta autorregulación a un Código de Buenas Prácticas Comerciales?**

Para algunos autores no es lo mismo hablar de un Código de Buenas Prácticas que de autorregulación. Según el consultor internacional de Trade & Management, Henrik Salén *“la autorregulación es una declaración de buena fe y conducta unilateral por parte de una cadena. Mientras que un código de buena conducta es un documento oficial hecho por el gremio de supermercados y los proveedores. Es un documento firmado por varios proveedores y varias cadenas de supermercados que representan al mercado. Es un documento mucho más oficial que una declaración de buena conducta”*.<sup>63</sup>

Conforme a lo anterior, se concluye inequívocamente que en este caso estamos frente a una autorregulación, ya que en forma unilateral D&S ha fijado las condiciones de abastecimiento sin intervención alguna de otros supermercados ni tampoco de los proveedores. La circunstancia que el documento se haya generado a raíz de un avenimiento con la FNE no altera su esencia de instrumento unilateral. Si bien, se originó a raíz de las presiones formuladas por la autoridad del ramo, en su elaboración no intervino ninguno de los actores que habría de estar presente en un código, a saber: el resto de los supermercados del país y el gremio de la industria proveedora.

---

<sup>62</sup> TDLC: <<http://www.tdlc.cl/noticias/detalle.php?id=99>>

<sup>63</sup> FNE: sección “Fiscalía en Prensa”.

<<http://www.fne.cl/fne/Actualidad.nsf/0/f7ad63cdf03c847088256ecc00611e1b?OpenDocument>>

Para saber si esta *autorregulación* reemplazará a un código de ética, tendremos que esperar que éste finalmente salga a luz y ver que actitud asume D&S al respecto; puede que adhiera al mismo o estime que los TCGA son suficiente regulación, negándose en consecuencia a suscribir el código.

## 5. **Experiencia Internacional.**<sup>64</sup>

### 5.1. **Argentina.**

El año 2001, en plena recesión económica, se elabora un código de conducta, pero a diferencia de otros países y para hacer efectiva su aplicación, se implementaron multas.

Con el fin de evitar la intervención de la autoridad en la relación supermercado-proveedor, se estableció además una instancia arbitral, que es la encargada de aplicar sanciones, las que se caracterizan por ser muy elevadas, llegando incluso a los US\$ 60 mil.

El código de buenas prácticas comerciales argentino (CMPC) ya ha mostrado sus ventajas en la resolución de disputas. A raíz de ello, gobiernos y Cámaras afectadas de distintos países se han acercado para conocer su contenido y alcance y han solicitado cooperación para desarrollar mecanismos equivalentes.<sup>65</sup>

Más adelante indicaremos y comentaremos con mayor detención el contenido de este Código de Conducta.<sup>66</sup>

### 5.2. **Colombia.**

Cuenta con un código de buenas prácticas, pero éste no contempla sanciones en caso de abusos ya sea por parte de supermercados o proveedores. A pesar de ello, igualmente se ha transformado en un instrumento eficaz pues desde su dictación logró terminar con la fuerte tensión existente.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Ver Whateley, Judith: “*Las Prácticas de los Supermercados*”.

<[http://www.agribusinessaccountability.org/bin/view.fpl/1198/cms\\_category/1852.html](http://www.agribusinessaccountability.org/bin/view.fpl/1198/cms_category/1852.html)>

<sup>65</sup> Ministerio de Economía y Producción Argentino:

<[http://www.mecon.gov.ar/secdef/basehome/cod\\_buenas.htm](http://www.mecon.gov.ar/secdef/basehome/cod_buenas.htm)>

<sup>66</sup> Ver *infra*. Pág. 80

<sup>67</sup> FNE: sección “Fiscalía en Prensa” Ob. Cit.

### **5.3. España.**

En 1996 se aprobó la Ley de Regulación del Comercio Minorista con el fin de limitar el poder de los principales grupos minoristas en el mercado. Esta ley prohíbe entre otras cosas: las ventas bajo el costo, ampliación de los plazos de pago a los proveedores y restringe la edificación de supermercados fuera de los centros urbanos.

### **5.4. Francia.**

En 1996 se dictaron dos leyes para regular el rubro, la primera fue la de Rafarin, que limitó todas las aperturas por más de 300 metros cuadrados, acabando así con la construcción de megamercados. Luego se dictó la ley Galland, que estableció la prohibición de ventas bajo el costo y terminó con la práctica de descodificar, consistente en sacar a un proveedor, salvo que se le diera a éste un aviso con tres meses anticipación, entre otras prohibiciones.

Posteriormente vinieron las enmiendas a la ley Galland, donde se exigió que las condiciones de precio acordadas entre el minorista y su proveedor estén indicadas claramente en la factura, sin descuentos ocultos.

En Francia también existe una comisión para la industria minorista que puede emitir opiniones no vinculantes sobre la legalidad de ciertas prácticas comerciales.

### **5.5. Irlanda.**

Se realizó una revisión de la Ordenanza sobre productos alimenticios que, entre otras cosas, prohíbe la venta por debajo del costo.

### **5.6. Portugal.**

La Confederación de la industria portuguesa y la Asociación Portuguesa de Empresas Minoristas adoptaron un código de buenas prácticas comerciales, el cual se firmó en presencia del ministro de economía en Julio de 1997.

### **5.7. Reino Unido.**

En el año 2000 la Comisión para la Defensa de la Competencia del Reino Unido dio a conocer muchas de las prácticas de los supermercados que eran consideradas anti-

competitivas. Para corregirlas se recomendó un Código de Prácticas, enumerando 12 provisiones que dicho código debería contener, por ejemplo:

- 1) Los minoristas deberán asegurarse de que las condiciones estándar sobre las que se basa su negocio están redactadas y disponibles para los proveedores.
- 2) Los minoristas no deberán pedir a los proveedores que contribuyan a pagar el costo de las visitas que hacen sus compradores; tampoco deberán pedirle que contribuyan a pagar el costo del material gráfico y diseño del empaquetado; ni a contribuir a los gastos de estudio del consumidor o del mercado; ni tampoco al coste de renovación o inauguración de las tiendas; o a proporcionar hospitalidad.
- 3) Los minoristas no deberán perseguir ninguna forma de compensación por tener beneficios inferiores a los esperados, se trate de una promoción o no, o por pérdida del producto.
- 4) Los minoristas deberán pagar a los proveedores en el plazo especificado en el acuerdo, y en cualquier caso dentro de un tiempo razonable después de la fecha de factura.

En respuesta, la Oficina de Comercio Justo del Reino Unido, *Office of Fair Trading* (OFT), negoció un código de práctica voluntario para ser adoptado por los cuatro grandes supermercados, atenuándose gran parte de las 12 provisiones originales recomendadas por la Comisión para la Defensa de la Competencia.

Durante el 2003 la OFT efectuó una revisión del código voluntario y concluyó que no estaba funcionando en forma adecuada, aunque no tenía evidencia de aquello pues no se habían formulado reparos al respecto, quizás por el temor de los proveedores a perder su principal punto de venta.

Frente a lo anterior, grupos de la sociedad civil se organizaron y en Septiembre de 2003 16 grupos, representando a agricultores, ecologistas, trabajadores y consumidores,

acordaron aliarse bajo la pancarta de “*Breaking the Armlock Alliance*” (“Rompiendo la Alianza Candado Al Brazo”)<sup>68</sup>

Esta alianza acordó centrar sus esfuerzos en hacer campaña por una ley que haga estatutario el Código de Prácticas para los supermercados a fin de que éste adquiriera fuerza de ley. Se estimó que esta meta no era difícil de alcanzar ya que previamente se había introducido un código voluntario reconociéndose que ésta no estaba funcionando.

La demanda de la Alianza de un código estatutario y un vigilante independiente de supermercados consiguió el apoyo del diputado Andrew George, quien presentó una moción urgente, *Early Day Motion*, en el parlamento británico.

Además de la presión política, los miembros de la alianza han organizado manifestaciones para difundir el problema, dando a conocer las experiencias de los proveedores y así resaltar el aspecto humano de la situación que atraviesan.

Si bien es cierto la Alianza concentra sus esfuerzos en la política de competencia, también actúa como foro para discutir otras estrategias y asegurar que la acción que se tome esté coordinada, para ello cuentan con un sitio web: [www.breakingthearmlock.com](http://www.breakingthearmlock.com).

## **5.8. Suecia.**

Para la defensa de la competencia la autoridad sueca a llevado a cabo una investigación sobre las inquietudes que despierta el poder de los minoristas (“El negocio de los artículos de conveniencia -Estructura, Tipo de Propiedad y las relaciones con los proveedores-Autoridad Sueca para la Defensa de la Competencia, Diciembre de 2002).

Sin embargo, tal investigación no ha tenido consecuencias legislativas.

## **5.9. Código de Buenas Prácticas Comerciales argentino (CBPC).<sup>69</sup>**

*“Entre los abajo firmantes, en su calidad de empresas proveedoras de bienes y servicios de consumo o uso masivo y las cámaras, asociaciones o entidades que las agrupan (los “Proveedores”) y los supermercados, hipermercados grandes tiendas y otros canales de comercialización de grandes superficies y las cámaras y asociaciones que los agrupan (los “Supermercados”) ambas partes conjuntamente (“las Partes”), y*

---

<sup>68</sup> En Marzo de 2001 el Primer Ministro Británico, Tony Blair le dijo a un agricultor: “*Los supermercados os tienen cogidos con un candado al brazo en estos momentos*”.

<sup>69</sup> <<http://www.mecon.gov.ar/>>

*Considerando:*

*A. Que es en el mejor interés de las Partes el alcanzar acuerdos y compromisos mutuos para establecer reglas de comportamiento comercial, y mecanismos de solución de eventuales conflictos, que sean mutuamente aceptables;*

*B. Que las Partes tienen la intención de instrumentar tales entendimientos en un Código de Buenas Prácticas Comerciales que defina con precisión el alcance de los mismos;*

*C. Que la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor (la “Secretaría”) en su calidad de autoridad de aplicación de la Ley 24.240 ha prestado sus mejores oficios a efectos de permitir a las Partes arribar a los acuerdos alcanzados en el presente y;*

*D. Que es intención de las Partes que la Secretaría se constituya como depositaria de los acuerdos alcanzados por las Partes a efectos de permitir la incorporación de otras empresas del sector que deseen adherir a los mismos en el futuro.*

*Se Conviene:*

*1. Estricto cumplimiento de los acuerdos comerciales.*

*1.1 Los Supermercados y los Proveedores regularán individualmente sus relaciones comerciales mediante acuerdos que instrumentarán utilizando las formas que en cada caso convengan. Tales acuerdos deberán contemplar el tiempo de su vigencia, la necesidad de acuerdos posteriores para ser modificados, las condiciones comerciales generales, incluyendo los plazos de entrega y de pago de las mercaderías, y la vigencia de las listas de precios, que mantendrán los plazos habituales ya determinados. En caso de presentación de nuevas listas de precios que no sean aceptadas explícitamente por los Supermercados en un plazo de treinta (30) días o dentro menor plazo que haya sido pactado por las partes en cada caso, los Proveedores tendrán la facultad de suspender sus entregas de mercaderías.*

*1.2 En aquellos casos que el plazo de pago sea superior a los 30 (treinta) días de la entrega de las mercaderías objeto del suministro, los Supermercados entregarán a los Proveedores un documento comercial negociable en el mercado financiero dentro de los 30 (treinta) días siguientes a la recepción de la mercadería. Esta cláusula no será aplicable a los Supermercados que facturen menos de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) por año.*

*1.3 En el cumplimiento de los acuerdos individuales, los Proveedores se comprometerán a que las entregas acordadas sean completas, en las sucursales o centros de distribución que en cada caso correspondan, en las fechas convenidas, especialmente cuando se trate de ofertas anunciadas, así como a entregar las mercaderías con fecha de vencimiento con una antelación que en cada caso permita la comercialización.*

*2. Trato equivalente entre las partes que se encuentren en situaciones similares.*

*2.1 Las Partes contratantes se otorgarán recíprocamente un tratamiento equivalente al que se otorgue a otros Supermercados o Proveedores que se encuentren en situaciones similares.*

*3. Procedimiento para débitos, créditos y rechazo de mercadería.*

*3.1 Los supermercados no podrán emitir unilateralmente Notas de Débito a los Proveedores por motivos ajenos a la venta de productos que hagan los Proveedores. Los Supermercados se reservan el derecho de emitir Notas de Débito a los Proveedores por causales fundadas, que tengan relación solo con la compra de productos. Sin embargo, en todos los casos, los Supermercados requerirán previamente a los Proveedores para que dentro del plazo de quince días emitan y entreguen la Nota de Crédito que en cada caso corresponda.*

*3.2 En los casos en que el Supermercado devuelva mercadería objeto del suministro, éste deberá notificar al Proveedor tal circunstancia. La notificación del Supermercado deberá indicar el lugar en el cual la mercadería se encuentra a disposición del Proveedor. El Proveedor podrá, dentro de los 5 (cinco) días hábiles siguientes a la recepción de la notificación mencionada, proceder a su retiro o bien objetar el fundamento de la*

*devolución. En caso que el Proveedor esté ubicado a más de 400 km., el plazo será 10 días hábiles. Vencido dicho plazo sin que el proveedor retire la mercadería objeto de la devolución, el Supermercado podrá proceder a su destrucción. En caso de destrucción de la mercadería conforme lo aquí establecido, el Supermercado deberá entregar al Proveedor un certificado de destrucción firmado por personal autorizado del Supermercado. Tal certificado será la causa para la Nota de Crédito que deberá emitir el Proveedor, sin perjuicio de los derechos del Proveedor a realizar los reclamos que pudieren corresponder conforme con los acuerdos que las partes hubieren suscrito dentro del marco de lo dispuesto en el punto 4.1.*

#### *4. Cumplimiento de las condiciones pactadas.*

*4.1 Las Partes celebrarán, interpretarán y ejecutarán los acuerdos suscritos de buena fe y conforme a los usos y costumbres del comercio comúnmente aceptados hasta el presente por las partes, sin alterar ni la letra ni el espíritu de lo pactado.*

*4.2 Las Partes se comprometen a respetar y mantener los actuales usos y costumbres, en lo que se refiere a ítems o partidas negociadas por otros conceptos y que se han liquidado tradicionalmente en forma separada de la facturación de los productos vendidos.*

#### *5. Respeto a las marcas e imagen de los productos.*

*5.1 Los Supermercados no publicarán o exhibirán las marcas, logos o productos de los Proveedores, cuando el precio de los productos a ser publicado en los medios o exhibido en las góndolas, sea inferior al precio de compra de los productos publicitados o exhibidos que surja de las facturas emitidas por los Proveedores, con más los impuestos aplicables, neto de los descuentos incluidos en las mismas facturas. El precio definido en este párrafo se denominará en lo sucesivo en este acuerdo como “Precio Legal de Venta”.*

#### *5.2 Solo cuando se trate de ventas:*

- (i) destinadas a la eliminación del stock para discontinuar el producto, o*
- (ii) por fin de temporada, o*

*(iii) de productos cuya caducidad es inminente, o*

*(iv) de productos dañados, o*

*(v) para alcanzar el “Precio Legal de Venta” de los competidores, los Supermercados quedarán eximidos de la obligación asumida en el punto 5.1. Salvo en el caso previsto en el punto (v) precedente, al publicar o exhibir las ofertas los Supermercados deberán advertir a los consumidores, de modo expreso y destacado en el texto, que se trata de alguno de los supuestos enumerados en este apartado 5.2. Estas excepciones se interpretarán restrictivamente, y en caso de conflicto estará a cargo del Supermercado anunciante demostrar fehacientemente que ejerció de modo regular las facultades que otorga esta cláusula.*

## *6. Implementación de programas conjuntos de logística y eficiencia administrativa.*

*6.1 Las partes, dentro de los próximos 60 días, organizarán reuniones a fin de coordinar métodos y procedimientos eficientes de logística y distribución. Las partes buscarán métodos de colaboración y apoyo para aquellos Proveedores que decidan invertir en la modificación de sus esquemas de logística. En tal sentido realizarán sus mejores esfuerzos para acordar la forma y condiciones de suministrar cuando sea factible información de ventas por boca, la implementación efectiva del intercambio electrónico de documentos comerciales. Comprometiéndose a colaborar para obtener su reconocimiento legal y adecuado tratamiento impositivo, así como generalizar la utilización de un catálogo electrónico de datos logísticas a través de los estándares EDIFAC/EANCOM, siguiendo las recomendaciones específicas para el sector generadas por EAN Argentina (CODIGO) a través de su Comité Permanente de Logística, integrado además a tal efecto por seis representantes de empresas que designe Copal.*

*6.2 Las partes harán sus mejores esfuerzos para que la entrega centralizada se implemente en forma tal que permita una reducción de costos para ambas partes, con optimización de la planificación tributaria e intercambio de información necesaria para el uso comercial de ambas.*

6.3 *Las partes aunaran criterios para coordinar horarios de entregas e implementarán métodos o procedimientos que permitan eliminar o reducir la espera en las entregas.*

6.4 *Las Partes identificarán aquellos productos en los cuales, por motivos de seguridad, resulte mutuamente conveniente y económicamente viable, etiquetarlos en origen y con etiquetas de radiofrecuencia, o bien por otro método que las partes consideren apropiado tomando en cuenta la experiencia internacional en la materia. En tal sentido conferirán prioridad a las gestiones que procuren arribar a acuerdos tendientes a poner en práctica el etiquetado en origen de productos nuevos a partir de su lanzamiento, y en tal sentido, solicitarán al Comité Permanente de Logística las recomendaciones pertinentes.*

7. *Condiciones para la interrupción o terminación incausada de las relaciones comerciales.*

7.1 *Las relaciones contractuales entre Supermercados que superen los cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000) de facturación anual y Proveedores que no superen dicha facturación anual, con más de tres meses de vigencia en forma continuada, no deberán ser interrumpidas y/o terminadas incausadamente, sin haber mediado una notificación previa de cualquiera de las partes con al menos sesenta (60) días de anticipación. Esta cláusula no será aplicable cuando existan acuerdos comerciales que determinen las fechas de inicio y fin del mismo en cuyo caso se estará a lo convenido.*

8. *Arbitraje.*

8.1 *Las Partes acuerdan someter cualquier disputa con relación a la interpretación o al incumplimiento del presente a un Tribunal Arbitral, que actuará con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a ser formado por 3 (tres) integrantes, uno designado por los Supermercados, uno por los Proveedores y el tercero una figura prestigiosa con conocimiento del sector, quien actuará como Presidente del Tribunal y será designado por las Partes de común acuerdo sobre una lista de no menos de 10 (diez) candidatos propuesta por las Partes, 5 (cinco) cada una dentro, del plazo de 5 (cinco) días hábiles.*

*En caso de falta de acuerdo para la designación del Presidente del Tribunal por el sistema mencionado, éste será designado por el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio*

*de Buenos Aires, dentro de los 10 (diez) días de ser requerido en este sentido por cualquiera de las Partes.*

*8.2 Recibido un reclamo el Tribunal convocará al denunciante y al denunciado a una audiencia única a la cual deberá concurrir una persona de nivel jerárquico de cada una de las Partes debidamente autorizada con poder suficiente. Recibidas las explicaciones y aún en ausencia del denunciado debidamente citado en tiempo y forma el Tribunal emitirá en el mismo acto su laudo, el cual será inapelable para ambas Partes. El Tribunal podrá ordenar el cese de la conducta cuestionada, imponer multas de hasta cincuenta mil pesos (\$ 50.000) en beneficio de la parte que hubiera obtenido el laudo a su favor, debiendo además la parte condenada a abonar el importe que corresponda en concepto de costo de actuación del Tribunal.*

*El incumplimiento del laudo será ejecutable ante los Tribunales del fuero comercial ante la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

*8.3 Dentro de los 30 (treinta) días de firmado el acuerdo, las Partes dictarán un reglamento para que rija el funcionamiento del Tribunal Arbitral teniendo como base las cláusulas de este acuerdo.*

*Desde la entrada en vigencia de este y hasta tanto se dicte dicho reglamento serán provisoriamente aplicables las normas del reglamento del Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.*

*8.4 Dentro de los 30 (treinta) días de firmado el acuerdo se constituirá una Comisión de Seguimiento y Actualización de las normas emanadas del Código de Buenas Prácticas Comerciales. Dicha comisión conferirá prioridad a las tareas de proyectar normas y arribar a acuerdos entre las Partes, para incorporar al presente Código reglas que mejoren las relaciones de comercialización entre los Supermercados PYMES y los Proveedores y entre los Proveedores PYMES y los Supermercados.*

*9. Asociaciones de Supermercados y de Proveedores.*

*9.1 Las cámaras, asociaciones o entidades que agrupan a los Supermercados y a los Proveedores abajo firmantes, se comprometen a invitar a todos sus afiliados para que adhieran al presente acuerdo, realizando las recomendaciones en tal sentido y los actos de difusión y promoción acordes con la trascendencia del mismo.*

*9.2 La COPAL por un lado, y la Cámara Argentina de Supermercados y la Federación Argentina de Supermercados y Autoservicios por el otro, serán las entidades que, en representación de los Proveedores y de los Supermercados, respectivamente, designarán los miembros del Tribunal Arbitral y de la Comisión de Seguimiento y Actualización de estas normas, aprobarán el reglamento que rija el funcionamiento del Tribunal Arbitral, y proveerán los ámbitos y la infraestructura necesaria para que los Proveedores y Supermercados implementen los programas conjuntos convenidos en los puntos 6.1 a 6.4 de este acuerdo.*

*10. Vigencia del acuerdo.*

*10.1 El presente acuerdo entrará en vigencia en el plazo de sesenta (60) días de la fecha, siempre que antes del plazo de treinta (30) días de la fecha, el mismo sea suscripto sin reservas por todos los Supermercados que operan en el país con una facturación anual superior a los trescientos millones de pesos (\$ 300.000.000). En caso contrario, carecerá de todo efecto.*

*10.2 En caso que en el futuro entraran en vigencia leyes, decretos, resoluciones o cualquier norma jurídica que tenga por objeto específico regular las relaciones comerciales entre los Proveedores, los Supermercados y los Consumidores, y aun cuando tales normas no se refieran a puntos acordados precedentemente, la vigencia de este acuerdo deberá ser ratificada por la Comisión de Seguimiento y Actualización prevista en este Código”.*

#### **5.10. Comentarios:**

A nuestro parecer, el contenido del Código de Buenas Prácticas Comerciales argentino se ajusta en gran medida a las necesidades actualmente existentes en nuestro país,

a la luz de lo expuesto a lo largo de este capítulo. Este código reglamenta casi íntegramente los mínimos señalados por la FNE en la parte petitoria del requerimiento del 18 de agosto de 2006 contra D&S y Cencosud; sin perjuicio de estimar suficiente o no el instrumento elaborado por D&S denominado “Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías”.

El instrumento en comento goza de la flexibilidad necesaria para no entorpecer el libre flujo de las relaciones mercantiles, estableciendo además un organismo encargado de actualizar las disposiciones contenidas en él en la cual participan todos los actores involucrados. Asimismo, contempla un mecanismo de solución de conflictos con representación de todos los intereses en juego.

Además, reglamenta en forma suficiente aquellas materias que sirven de base para la elaboración de los acuerdos particulares entre proveedores y supermercados. Así, entre otras, obliga a la explicitud de los tiempos de vigencia de los acuerdos particulares, y, en forma subsidiaria, establece la solución para el caso en que se ponga término incausadamente a la relación comercial, dando certeza a ambas partes sobre la estabilidad de la relación, lo que permite medir con mayor seguridad los riesgos de las operaciones y hacer más eficiente la inversión.

El texto regula explícitamente las materias referidas a plazos de entrega y plazos de pago, señalando el procedimiento a seguir en caso de incumplimientos. La emisión de un instrumento mercantil negociable a favor del proveedor cuando el retailer tarde más de 30 días en pagar las facturas nos parece una útil herramienta que en gran parte soluciona el problema de los aplazamientos de pago que han sido materia de consulta ante el TDLC.

El acuerdo vela, además, por la protección de la libre competencia al exigir un trato equivalente entre las partes que se encuentren en situaciones similares.

Simulando su aplicación al caso chileno, nos parece insuficiente la reglamentación contenida en el punto 3, toda vez que sólo prohíbe a los supermercados la emisión unilateral de Notas de débito a los Proveedores por “motivos ajenos a la venta de productos que hagan los proveedores”. Pensamos que debe haber un catálogo claro de las conductas no permitidas, señalando ejemplos de éstas que sirvan para determinar el exacto sentido y alcance de la norma, tal como lo hace la FNE en el citado requerimiento.

Nos parece acertada la inserción de la referencia a la buena fe en el punto referido al cumplimiento de las condiciones pactadas; pero nos parece algo peligrosa la referencia a los

usos y costumbres en los términos que allí aparecen, pues, precisamente, en Chile muchos de esos usos y costumbres no tienen otro origen que la imposición unilateral de los distribuidores haciendo uso de su poder de compra.

El acuerdo que estamos analizando hace expresa referencia al “Respeto a las marcas e imagen de los productos”, algo a lo que en cierta forma hicimos referencia al comentar la sentencia 9/2004 respecto de las ventas bajo el costo, pero desde la perspectiva de la libre competencia entre proveedores. Este “respeto a las marcas” también apunta, a nuestro parecer, al tema de la imitación, que tiene lugar cuando el supermercado en la elaboración de sus productos utiliza un etiquetado similar al del producto líder en su categoría, materia que será analizada con especial detención en el capítulo III de este trabajo .

Enseguida, nos parece afortunada la norma en los términos planteados, por lo que consideramos podría perfectamente incorporarse a un instrumento nacional.

Extrañamos alguna referencia al plazo dentro del cual el supermercado puede realizar ventas bajo el costo, atendido el efecto predatorio de los mismos que, como hemos señalado reiteradamente, constituye una barrera a la entrada y significa la expulsión del mercado de los pequeños distribuidores que no pueden efectuar subsidios cruzados.

Por último, no nos sorprende la falta de una mención expresa a la inmutabilidad de los acuerdos, toda vez que constituye un elemento inescindible a los mismos, pero que, lamentablemente, en nuestro país parece necesario señalarla en forma expresa y todas las veces que sea posible para que los imperados no la olviden.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### **RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE GRANDES CADENAS DE SUPERMERCADOS Y PROVEEDORES. CASO CHILENO.**

#### **I. GENERALIDADES.**

La relación contractual existente entre supermercados y proveedores es del todo compleja. Dicha complejidad radica fundamentalmente en la imposibilidad de poder circunscribir sus acuerdos comerciales a una figura contractual nominada y regulada por nuestro ordenamiento jurídico.

A lo anterior debemos añadir el hecho de que esta relación no origina sólo un contrato comercial, sino varios contratos que considerados en forma aislada serían insuficientes para explicar y llevar a acabo el proceso de distribución y comercialización masiva de productos, pero que unidos dan forma a esta especial figura contractual.

En este sentido, el profesor Ricardo Sandoval señala: *“Es así como en nuestro medio se emplean nuevas formas de contratación que implican la concertación de varios actos o negocios jurídicos que se vinculan entre sí, para el logro de una determinada finalidad económica mercantil, constituyendo una sola operación”*.<sup>70</sup>

Conforme a la opinión de este autor, la idea de *operación*, propia de la economía, ha ido tomando fuerza en el ámbito jurídico porque la noción de contrato, que fue ideada bajo otra realidad, ya no cubre las nuevas formas de negociación.

En esta misma línea, Álvaro Puelma afirma: *“En materia mercantil, desde larga data, la realización de un determinado negocio comercial puede importar la celebración de varios actos jurídicos, que para las partes constituye una unidad inseparable, pues de otra forma no habrían contratado...Ello ha determinado que, en muchos casos,*

---

<sup>70</sup> Sandoval López, Ricardo: *“Nuevas Operaciones Mercantiles”*. Pág. 1.

*legislaciones y doctrinas modernas prefieran el término “negocio jurídico” o simplemente “negocio”, al empleo de los vocablos “acto” o “contrato”. La corriente tradicional, por su parte, para referirse al fenómeno en estudio ocupa expresiones tales como “contratos interligados” o “contratos complejos”.<sup>71</sup>*

Dicho lo anterior, podemos afirmar que, tratándose de la relación comercial que mantienen las cadenas de supermercados y los proveedores, estamos frente a una operación, negocio jurídico o contrato complejo, pues su realización implica la celebración de una serie de actos jurídicos, vinculados entre sí, dirigidos todos ellos a un objetivo final, cual es la distribución masiva de productos a través de la venta al detalle.

Siguiendo al mismo autor, una de las características de las operaciones es que éstas constituyen una unidad inseparable para las partes, de manera que de otra forma no hubiesen contratado. El consentimiento, por tanto, se otorga a la totalidad de la operación de forma indivisible. Atendido ese carácter, el no cumplimiento o la nulidad de un acto de aquellos que configuran la operación, afecta a los demás comprendidos en la misma, produciéndose una comunicabilidad entre ellos.

Junto con lo anterior, siguiendo al mismo autor, en las operaciones mercantiles se alteran dos elementos de los actos jurídicos, el objeto y la causa.

El objeto de las distintas declaraciones de voluntad, de los diversos actos que constituyen el negocio es único y general a todos ellos y la forman las dos o más cosas que se tratan de dar, hacer o no hacer, a que se refiere el artículo 1460 del Código Civil, de la totalidad de la operación.

Por otro lado, la causa definida en el Código Civil, como el motivo que induce el acto o contrato, no son en cada acto las obligaciones recíprocas del mismo contrato – como sugiere la teoría clásica-, sino todas las provenientes del negocio jurídico, lo que acarrea consecuencias importantes y que es necesario analizar, principalmente en cuanto a las acciones de cumplimiento y/o resolución, nulidad, excepción de contrato no cumplido y otras.<sup>72</sup>

Hay acá, siguiendo a Sandoval, una alianza de colaboración estratégica entre empresas, constituida por una asociación que no desemboca en la creación de una nueva entidad y que no requiere de participación en la propiedad de los aliados.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Ver Puelma Accorsi, Álvaro: “*Contratación Comercial Moderna*”. Pág. 10 y siguientes.

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> Ver Sandoval López, Ricardo: “*Contratos Mercantiles*” Tomo II. Pág. 597 y siguientes.

Siendo así las cosas, resulta necesario determinar con exactitud cuales son los actos jurídicos que confluyen en la creación de esta operación mercantil.

## **II. ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS QUE INTEGRAN LA OPERACIÓN DE DISTRIBUCIÓN SUPERMERCADISTA ENTRE SUPERMERCADOS Y PROVEEDORES.**

La Operación de Distribución Supermercadista implica la ejecución de una serie de actos y contratos, algunos de ellos se visualizan claramente, como lo es el contrato de distribución, mientras que otros sólo se descubren después de un análisis más detallado, como el contrato de arrendamiento de servicios que opera a través de los sistemas de reposición que cada cadena de supermercados adopta. Incluso, durante la tarea de desentrañar el contenido de la operación de distribución, nos encontraremos con la mención a contratos que, conforme a nuestra legislación, no podrían tener cabida en esta operación, como lo es el suministro o la comisión mercantil.

De acuerdo a lo anterior, dividiremos nuestro análisis de la siguiente manera:

1. Figura Base de la Operación de Distribución Supermercadista.
2. Otras figuras contractuales integrantes de la operación de Distribución Supermercadista.
3. Figuras que no forman parte de la Operación de Distribución Supermercadista.

### **1. FIGURA BASE DE LA OPERACIÓN DE DISTRIBUCIÓN SUPERMERCADISTA. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL.**

A la luz del derecho comparado, la ley y principalmente la doctrina nacional, el contrato que explica en mayor medida la dinámica de la relación comercial y contractual objeto de nuestro análisis, es el contrato de distribución. Es por esta razón que

desarrollaremos, a grandes rasgos, las principales características de este contrato, para luego examinarlo desde la perspectiva de la Operación de Distribución Supermercadista.

El contrato de distribución surge debido a la expansión de la actividad mercantil, que genera la necesidad para el productor de desvincularse de los consumidores y propiciar la introducción de sus productos a través de la figura de un intermediario que se encargue de la etapa de comercialización.

De esta manera nace la figura del distribuidor, que actúa a nombre y por cuenta propia, y no en representación del proveedor.<sup>74</sup>

### 1.1. **CONCEPTO.**

La doctrina nacional ha definido la distribución comercial como un contrato en virtud del cual el productor o fabricante conviene en aprovisionar de un producto final al distribuidor, quien lo adquiere para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada, percibiendo un porcentaje sobre el precio de venta del producto, sin perjuicio de las condiciones relativas a pedidos previos y formas de pago. Este porcentaje puede estar también expresado en forma de descuentos.<sup>75</sup>

Para Osvaldo Marzorati el contrato de distribución es aquel por el cual el productor o fabricante conviene el suministro de un bien final o producto determinado al distribuidor, quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada. A cambio de ello, el distribuidor recibe del productor un porcentaje que puede ser un descuento sobre el precio de venta del producto, sin perjuicio de las condiciones relativas a pedidos previos y formas de pago.<sup>76</sup>

El autor uruguayo Jonás Bergstein define contrato de distribución como el acuerdo por el cual una parte, denominada distribuidor, se obliga en el transcurso de un tiempo (determinado o indeterminado) a adquirir bienes o servicios de otra, denominada principal o fabricante, para su posterior reventa.<sup>77</sup>

En Honduras, el DL número 549 emitido el 24 de Noviembre de 1997 denominado “Ley de representantes distribuidores y agentes de empresas nacionales y extranjeras” define en su artículo 3 lo siguiente: “*Contrato de representación, distribución o agencia es*

---

<sup>74</sup> Marzorati Osvaldo: “*Sistemas de Distribución Comercial*”. Pág. 52.

<sup>75</sup> Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 541.

<sup>76</sup> Marzorati, Osvaldo: Ob. Cit., Pág. 53.

<sup>77</sup> Bergstein, Jonás. “*La extinción del contrato de distribución*”. Pág. 32.

*aquel por el cual una persona natural o jurídica, con independencia de la forma en que las partes denominen, caractericen o formalicen dicha relación, se obligan con un concedente principal, nacional o extranjero en forma exclusiva o no, a representarlo en sus negocios, prestarle servicio de agencia o distribuir sus mercancías o productos en el mercado nacional, contratos sobre productos o servicios en los cuales se haga uso de una marca o patente autorizada al concedente por terceros, se entenderán para los efectos de esta ley como celebrados entre éstos y el concesionario nacional. Se presume que toda representación, distribución o agencia está regida por un contrato”.*

Se utiliza la expresión “contrato de distribución” en sentido genérico para referirse a las distintas maneras de establecer canales de comercialización por medio de terceros que actúan sin relación de dependencia; o bien, en un sentido estricto, para referirse a un medio determinado, con características propias, que utiliza el productor (o mayorista) para colocar su mercadería en el mercado.<sup>78</sup>

Cuando nosotros hablamos de distribución, como contrato integrante de esta operación mercantil, entendemos a este contrato en su sentido estricto, como un medio determinado y con características propias que utiliza el productor para colocar su mercadería en el mercado.

## **1.2. CARACTERÍSTICAS.**

Para nuestro derecho se trata de un contrato nominado por la doctrina como “Contrato de Distribución Comercial”, pero atípico, toda vez que carece de una normativa legal que lo regule en forma integral y sistemática.

Algunos tratadistas han señalado que estaríamos frente a un contrato atípico puro, ya que las prestaciones en conjunto están combinadas de tal manera que se imposibilita su ubicación en algún tipo legal, aunque ciertos elementos considerados individualmente pueden identificarse con similares de otros contratos típicos como la compraventa.<sup>79</sup>

En cuanto a sus características podemos aquellas que son comunes a todo contrato y aquellas que se verifican en este contrato en particular:

### **1.2.1. Características Comunes a Todo Contrato:**

---

<sup>78</sup> Farina, Juan. “*Contratos Comerciales Modernos*”. Pág. 415.

<sup>79</sup> Ver Oqueli Juárez, Ivonne Carolina. “*La Terminación ilícita del Contrato de Distribución Mercantil*”. Pág.12.

- a) Es consensual: se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes. Sin perjuicio de ello, en la práctica, por un tema esencialmente probatorio, las partes acostumbran escriturarlos.
- b) Es bilateral: ambas partes contratantes se obligan recíprocamente. El productor se obliga a aprovisionar al distribuidor una determinada cantidad de productos y el distribuidor a pagar por ellos un precio determinado.
- c) Es oneroso conmutativo: tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. En efecto, el fabricante se beneficia al entrar en el mercado con el menor costo y riesgo posible y el distribuidor se favorece con el prestigio y respaldo de la marca del producto que distribuye.<sup>80</sup>
- d) Es principal: subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.
- e) Es *intuitu personae*: como lo afirma el profesor Ricardo Sandoval, no nace por generación espontánea, sino que es el producto de etapas de conocimiento y de negociaciones en las cuales se evalúa la compatibilidad de los contratantes, los estilos de trabajo y, particularmente, las condiciones personales del distribuidor, que deben satisfacer las exigencias del fabricante.<sup>81</sup> A lo anterior, podríamos agregar que dado el nivel de concentración en la industria minorista, actualmente es el retailer quien también evalúa la idoneidad del productor que quiere exhibir sus productos a través de las vitrinas del supermercado.
- f) Nominado y atípico: ya lo habíamos adelantado, no obstante tener un nombre asignado por la doctrina, el contrato de distribución es atípico por no estar reglamentado en nuestro ordenamiento, razón por la cual queda entregado plenamente a la libertad contractual sin más limitantes que el respeto al orden legal establecido, lo cual permite el juego libre de la voluntad con respecto a las formas.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 542.

<sup>81</sup> Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 543.

<sup>82</sup> *Id.*

- g) Es un contrato de colaboración empresarial: Se ha dicho que esta es la característica más importante del contrato, implica que fabricante y distribuidor se unen en aras de un objetivo común, que es la colocación del producto en el mercado, lo que reporta beneficios para ambos. Para el profesor Sandoval las obligaciones que gravan a cada una de las partes no se conciben en forma aislada, sino integradas a la finalidad económica que se pretende obtener en el contrato<sup>83</sup>.

### 1.2.2. Características Especiales.

Además de las características comunes a todo contrato, el de distribución presenta caracteres especiales, a saber:

- a) Exclusividad de zona.
- b) Duración.
- c) Control.

a) *Exclusividad de zona:*

Generalmente se le atribuye al distribuidor una zona geográfica determinada, que puede ser una ciudad, provincia, región o país, dentro de la cual se llevará a cabo la distribución de los productos del fabricante. La determinación geográfica puede estar acompañada de una obligación mutua de exclusividad, es decir, el fabricante se compromete a no realizar negocios por cuenta propia en esa zona o a no contratar otros distribuidores, como también el distribuidor se puede comprometer a operar sólo con los productos del fabricante o a no negociar con productos que sean competencia del primero dentro de dicho territorio.<sup>84</sup>

Es importante aclarar desde ya, que esta cláusula de exclusividad, si bien puede estar presente, no es de la esencia del contrato de distribución. A su vez, necesario es señalar que en Chile una cláusula de esta naturaleza podría reñir con lo dispuesto en el actual artículo 3° del DL 211 de 1973, modificado por la ley 19.911, ya que podría configurar algún atentado contra la libre competencia en los términos allí señalados.

Analizados los instrumentos usados por D&S y Cencosud en sus operaciones con los proveedores, “Términos y Condiciones Generales De Aprovisionamiento de

---

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 546.

Mercaderías” y “Acuerdo Comercial para Empresas JUMBO S.A/ SANTA ISABEL S.A./EASY S.A” (documentos que podemos apreciar en el anexo de este trabajo) , respectivamente, no se aprecia ninguna cláusula que impida que el proveedor coloque sus productos en otros canales de distribución, o que el supermercado se obligue a no vender productos que compitan con los de aquel o que lo restrinjan territorialmente.

*b) Duración:*

Es característico de este contrato convenir un plazo indeterminado o con cláusula tácita de reconducción o renovación automática, ya que la naturaleza de esta convención es que perdure en el tiempo<sup>85</sup>.

*c) Control:*

Ello implica que el fabricante está facultado para imponer ciertas normas de regulación comercial. Así encontramos: exigencia de una venta mínima, entrega de la mercadería al distribuidor con un descuento, fecha de pago de las facturas, lugar y forma de entrega y acopio de las mercaderías, precios de venta, estipulaciones sobre publicidad, entre otros.

Cabe destacar que, conforme a lo expuesto en el capítulo I, quien estaría en condiciones de imponer normas de regulación, atendida la concentración de su industria sería el distribuidor. Sin perjuicio del poder que detentan los más importantes proveedores asociados a la AGIP.

### **1.3. PARTES EN EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.**

Para el profesor Ricardo Sandoval en esta relación intervienen:

**Productor o fabricante:** es la persona natural o jurídica que produce el bien, el dueño del producto, el que aporta la marca, el prestigio, el respaldo y el que motiva al distribuidor a incursionar en negocios que, probablemente, no podría iniciar sin contar con la imagen del producto, es también quien asume el menor riesgo potencial económico.

**Distribuidor:** es el sujeto independiente que, actuando en su nombre propio y por cuenta propia, pone su colaboración a favor del fabricante, consistente en su capital, en su

---

<sup>85</sup> *Id.*

cadena de locales y también en su nombre, para llevar a cabo las tareas de ingresar los productos del fabricante al mercado, de posicionarlos dentro de él, asumiendo los riesgos, pero al mismo tiempo beneficiándose de la diferencia entre el costo de adquisición de los productos y el precio de venta al consumidor, ganancia que será tanto mayor cuanto aumente el volumen de sus ventas.

**Los Consumidores Finales:** haciendo presente que éstos no son parte directa en el contrato de distribución, Sandoval afirma que ellos intervienen en el contrato por cuanto constituyen el objetivo al que dirigen sus esfuerzos tanto el fabricante como el distribuidor.<sup>86</sup>

#### **1.4. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES.**

##### **1.4.1. Obligaciones del productor o fabricante.**<sup>87</sup>

- a) Entregar los bienes que el distribuidor habrá de revender en la cantidad, tiempo y forma previstos, o la solicitada por el distribuidor si le es factible, configurándose la “provisión de mercadería”.
- b) No realizar por sí o por terceros operaciones en la zona de distribución, conferida en exclusividad al distribuidor, salvo pacto en contrario, y evitar que terceros realicen tales ventas.
- c) Entregar un producto idóneo, apto para la finalidad pactada, con su marca publicitada.
- d) Informar al distribuidor el valor de venta del producto o servicio y, con antelación suficiente, sus variaciones.
- e) Cumplir con las prestaciones de publicidad estipuladas a su cargo.

La sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial de Argentina sostuvo que en el contrato de distribución se inserta, necesariamente, un contrato de suministro, pues la obligación asumida por el fabricante de comercializar sus productos en esa zona por intermedio del distribuidor (y no directamente o por terceros) implica su

---

<sup>86</sup> Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág.545.

<sup>87</sup> Farina, Juan. Ob. Cit. Pág. 417.

obligación de suministrarle fluida y puntualmente la mercadería, en la medida y momentos en que éste lo requiera y dentro de las condiciones pactadas.<sup>88</sup>

Como se dirá más adelante, nuestra legislación no regula orgánicamente la figura del suministro, quedando entregando a la jurisprudencia y la doctrina la determinación de su contenido.

Respecto del suministro, existe consenso entre los autores nacionales en cuanto a la necesidad de que exista continuidad o periodicidad en la entrega, dando como ejemplos los suministros de agua o electricidad, de modo que el servicio esté permanentemente a disposición del suministrado. Lo mismo ocurre si se tratase de una empresa que contrata a otra para que le provea diariamente de colaciones para sus empleados.<sup>89</sup>

En cambio, en la operación de distribución supermercadista, la naturaleza de la obligación del proveedor es distinta. La obligación del proveedor consiste en hacer la entrega de las mercaderías en los términos y plazos acordados en la orden de compra, que tiene como fuente el contrato de distribución.

Si no existiese la obligación del proveedor de entregar los bienes que el distribuidor habrá de revender en la cantidad, tiempo y forma previstos, o la solicitada por el distribuidor si le es factible, no podríamos estar en presencia de un contrato de distribución. Por tanto, forzoso es concluir que en esta etapa de la operación, el contrato de distribución se basta a sí mismo, y por ello, no se requiere acudir a otra figura para justificar la obligación del proveedor.

Por los motivos expuestos, debemos tomar con cautela lo señalado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial de Argentina.

#### **1.4.2. Derechos del productor o fabricante.**

En general, los derechos del productor se resumen en fijar el precio de venta del producto o servicio y percibir el precio de la mercadería remitida al distribuidor.<sup>90</sup>

#### **1.4.3. Obligaciones del distribuidor.**

---

<sup>88</sup> Farina, Juan: Ob. Cit. Pág. 416.

<sup>89</sup> Ver Puelma Accorsi, Álvaro: Ob. Cit. Pág. 90 y 91.

<sup>90</sup> Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 549.

- a) Crear una organización empresaria apta, o bien afectar una parte adecuada de la ya existente para establecer un sistema de distribución acorde con lo convenido.
- b) Distribuir el producto o servicio con exclusividad a favor del fabricante, es decir, no comercializar otro de la competencia, salvo pacto en contrario.
- c) Cumplir con el mínimo de compras convenidas en la forma y tiempo establecidos, o que la requieran los consumidores. Acumular el stock necesario y respetar el precio fijado por el fabricante.
- d) No exceder la zona de distribución delimitada.
- e) Permitir una fiscalización razonable del productor.
- f) Pagar oportunamente al fabricante las facturas de los productos adquiridos
- g) Mantener el acondicionamiento de la mercadería.
- h) Cumplir con las obligaciones a su cargo relativas a la publicidad.<sup>91</sup>

#### **1.4.4. Derechos del distribuidor.**

- a) Percibir para sí el margen de reventas correspondiente a los productos distribuidos.
- b) Exigir el envío de la mercadería en las cantidades necesarias para abastecer a los consumidores, y las cantidades adecuadas a la finalidad económica tenida en mira al contratar.<sup>92</sup>

#### **1.5. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO.**

Para el productor las ventajas consistirían en:

- a) Fundamentalmente este contrato le permite ingresar a mercados, a los cuales de otra forma le sería imposible penetrar, ya sea por razones políticas, económicas o sociales, sin realizar una gran inversión.
- b) Le permite la expansión nacional, internacional o incluso multinacional de su empresa.
- c) Se le garantiza una rápida y permanente salida de su producción.
- d) Amplia los negocios del fabricante gracias a la colaboración de la empresa independiente del distribuidor, evitándose implementar costosas estructuras.

---

<sup>91</sup> Farina, Juan: Ob. Cit. Pág. 418.

<sup>92</sup> Farina, Juan: Ob. Cit. Pág. 419.

Desventaja:

La marca e imagen del fabricante pueden verse dañadas por una mala gestión o actuación del distribuidor, que lo obligue a realizar una significativa inversión para volver a posicionarse en el respectivo mercado.

Ventajas para el distribuidor:

- a) La principal ventaja es que puede aprovechar su red de locales y su organización, con el respaldo de la marca de los productos del fabricante, que goza de prestigio entre los consumidores y está sostenida por una imagen corporativa importante.
- b) Además, el contrato le permite comprar bienes en condiciones de precios y plazos más convenientes que las que él mismo aplicará en la venta hacia los consumidores finales, lo cual implica mayores utilidades.

Desventaja:

Debe asumir el riesgo de invertir su capital y prestigio en una aventura comercial en la que, por razones de mercado, el producto pueda tener escasa o nula salida, o por incumplimiento del productor arriesgue su patrimonio.

Ventajas y desventajas para los consumidores finales:

Los consumidores finales resultan favorecidos con este contrato pues les permite acceder a productos que probablemente no estarían en el mercado de no ser por la actuación del distribuidor. La desventaja estaría dada por la circunstancia de que, al no poder adquirir directamente los bienes del fabricante, deban pagar un sobreprecio, que en el fondo es la utilidad percibida por el distribuidor.<sup>93</sup>

## **1.6. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y FIGURAS AFINES.**

El contrato de distribución comercial presenta rasgos que lo hacen similar a otras figuras contractuales. Pero tales similitudes no deben llevarnos a confusión.

Se asemeja a la **compraventa** en razón de los elementos comunes que comparten, a saber: precio, cosa y transferencia de dominio. Pero existe una importante diferencia, la

---

<sup>93</sup> Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Págs. 543 y 544.

compraventa es de ejecución instantánea, es decir, se agota en un solo acto, mientras que el de distribución es un contrato preparatorio para la realización de futuras compraventas que el distribuidor celebrará con el fabricante, basado en la relación permanente que existe entre ellos.

También se le ha vinculado al **mandato**, a pesar que las diferencias entre ambos son notorias. El distribuidor actúa a nombre y por cuenta propia, mientras que el mandatario siempre tiene la obligación de rendir cuenta a su mandante.

Se distingue además de la **concesión mercantil**, por cuanto no existe entre el distribuidor y el productor una subordinación técnica ni económica, a diferencia de lo que sucede entre el concedente y el concesionario. Tampoco cabe hablar en la distribución de un servicio de garantía, obligación característica del concesionario a favor de los compradores de los productos del concedente. Por último, se aprecia una importante diferencia que dice relación con la naturaleza de las cosas objeto del contrato. La distribución se refiere a mercadería de común consumo o de uso sencillo, mientras que la concesión se refiere a bienes de alta tecnología, como por ejemplo los automóviles.

Difiere la distribución de la **agencia** en cuanto al objeto del contrato. En la distribución lo que se persigue es que el producto llegue al consumidor con la mayor facilidad posible, con la particularidad que el distribuidor adquiere en dominio los productos del principal y concluye los negocios con los consumidores finales por su propio riesgo y cuenta, mientras que en la agencia se procura obtener un resultado para el agenciado mediante la actuación del agente, sin que éste adquiera la propiedad de lo que vende, compra o arrienda, pues su función es promover negocios entre el principal y un tercero, pero no concluirlos.

Existe cierta doctrina que ha buscado similitudes entre el contrato de distribución y el de **franquicia**. Pensamos que no es posible sostener una identificación entre ambos contratos, toda vez que se presenta una notoria y determinante diferencia entre ellos en la etapa de elaboración de los productos. Así, en el primero el distribuidor vende en el mercado los productos fabricados por el productor, y en el segundo, el franquiciado, en general, fabrica el producto bajo la licencia del franquiciador y debe ceñirse en mayor o menor medida al “know-how” que éste le transmite, a lo que se suma una asistencia técnica permanente. Además, la franquicia impone al franquiciado una mayor dependencia

económica frente al franquiciante que aquella que la distribución puede imponer al distribuidor respecto del proveedor, más aún tratándose de la franquicia de producción.<sup>94</sup>

## **1.7. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN LA OPERACIÓN DE DISTRIBUCIÓN SUPERMERCADISTA.**

Llevada esta figura a la relación comercial que nos interesa, tenemos que el rol de distribuidor lo asume la cadena de supermercado, y el productor es el proveedor que proporciona al retailer la mercadería requerida.

La ejecución material de lo convenido en el acuerdo de distribución se gatilla mediante la emisión del supermercado de una orden de compra; aceptada ésta, nacerá la obligación del proveedor de hacer la entrega de las mercaderías y la del distribuidor de pagar su precio y colocar los productos a disposición de los consumidores finales, entre otras anexas.

### **1.7.1. La orden de compra.**

Atendida la importancia del mencionado documento, haremos un breve examen acerca de su estructura, basándonos para ello en el texto “Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías”, publicado por la cadena D&S, considerando que las alusiones a esta empresa deben entenderse extensivas a quien ocupa el rol de distribuidor.

#### **a) Concepto**

Es un medio escrito, emitido por alguna filial D&S – el supermercado - , conforme a los usos mercantiles y sus prácticas habituales, en cualquier medio o soporte en que conste la intención inequívoca de dicha filial de adquirir de parte del proveedor los productos que en la respectiva orden se establecen.

#### **b) Requisitos:**

Las órdenes de compra deberán indicar, a lo menos, lo siguiente:

- 1) Fechas de emisión y vencimiento de la Orden de Compra;
- 2) Individualización del proveedor;

---

<sup>94</sup> Ver Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 546.

- 3) Identificación del producto requerido;
- 4) Cantidad de unidades del producto requerido;
- 5) Lugar y fecha de entrega del pedido;
- 6) Precio de los productos requeridos, según el mismo hubiere sido negociado entre las partes y salvo que el mismo conste de otro modo o en otro medio fehaciente; y,
- 7) Cualquier otra condición del pedido o información relevante para el cumplimiento de la Orden de Compra que no conste de estos TCGA o un Acuerdo Particular Complementario (APC). Adicionalmente, en caso de así estimarlo conveniente la respectiva Filial D&S, se podrá indicar en las Órdenes de Compra la calidad del Producto requerido.

c) *Aceptación de la orden de compra.*

Las órdenes de compra deberán ser aceptadas por el respectivo proveedor, en forma expresa o tácita, antes de la fecha de vencimiento contenida en las órdenes de compra de que se trate.

Las órdenes de compra se entenderán expresamente aceptadas si el proveedor manifiesta su conformidad, verbalmente o por cualquier medio escrito.

Se entenderán tácitamente aceptadas si el proveedor, sin antes haberla aceptado expresamente, la cumple o de cualquier otro modo manifiesta conformidad con sus términos.

En caso de transcurrir el plazo indicado anteriormente sin que la orden de compra haya sido aceptada, la filial D&S quedará liberada de toda obligación a su respecto. Sin perjuicio de ello, y atendida la importancia particular y social de asegurar el aprovisionamiento a los consumidores, la falta de aceptación de una orden de compra se mirará como una circunstancia que afecta la posibilidad de establecer o mantener una relación confiable con el respectivo proveedor.

Aceptada una orden de compra, el proveedor no podrá excusarse de cumplirla sino por caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso deberá notificar estas circunstancias en forma inmediata y por escrito a la filial D&S correspondiente, quedando ambas partes en el acto liberadas de las obligaciones derivadas de la orden de compra pertinente.

d) Cumplimiento fiel y oportuno de la orden de compra.

Los proveedores deberán cumplir fiel y oportunamente las órdenes de compra aceptadas, considerando para tales efectos lo indicado en ellas, en los TCGA y en los APC que sean aplicables. Los costos que implique el cumplimiento de las órdenes de compra serán de cargo y responsabilidad exclusiva de los proveedores.

Se entenderá que una orden de compra es ejecutada en forma fiel por el proveedor si se cumplen los siguientes requisitos copulativos:

1. Los productos entregados corresponden en género y especie a los que fueron requeridos;
2. La cantidad de los productos entregados corresponde exactamente a la requerida;
3. La calidad de los productos entregados corresponde exactamente a la requerida o, en caso de no haberse establecido esta última en la orden de compra, debe tratarse igualmente de un producto elaborado en conformidad a todas las normas legales y reglamentarias vigentes, cumpliendo con todos los estándares, procedimientos y especificaciones técnicas, sanitarias, ambientales, de seguridad o de cualquier otra naturaleza que sean exigibles para garantizar la calidad, idoneidad, salubridad y seguridad de los productos ;
4. El lugar en el que se realiza su entrega corresponde al indicado en la orden de compra;
5. Los productos entregados se encuentran en adecuado estado de conservación, manipulación y vigencia;
6. La guía de despacho individualiza correctamente los productos requeridos y entregados, en lo relativo a su identidad, cantidad y precio convenido; y
7. Se respetan las restantes condiciones del pedido o información relevante para el cumplimiento de la orden de compra, consignadas en la misma.

Se entenderá que una orden de compra es cumplida en forma oportuna si, además de cumplirse en forma fiel según lo indicado precedentemente, los productos por ella requeridos son entregados en la fecha indicada en la misma y en los horarios de atención que D&S notifique a los proveedores para efectos de ser realizada la entrega.

### **1.7.2. El pago del precio al proveedor.**

Los precios conforme a los cuales serán adquiridos los productos serán aquellos que, como se dijo, consten en las órdenes de compra aceptadas por los proveedores o en aquellos medios en que tales precios consten de otro modo fehaciente. Estos precios no podrán ser modificados sino por el acuerdo expreso y por escrito de las partes.

Los precios conforme a los cuales sean adquiridos los Productos deberán reflejarse fielmente en las guías de despacho y facturas que emitan a su respecto los Proveedores.

Los Proveedores deberán emitir sus facturas simultáneamente o con posterioridad a la entrega de sus Productos en los lugares indicados en las Órdenes de Compra, y por las cantidades de Productos y correspondientes precios de Compra que hubieren sido efectivamente entregados, según conste de los documentos de recepción de los mismos. Las facturas deberán entregarse en el lugar en que el Proveedor suministre los Productos, debiendo el Proveedor adjuntar los antecedentes que justifiquen su emisión y contenido, consistentes en las correspondientes Órdenes de Compra y en las guías de despacho. El contenido de las facturas podrá ser reclamado por las Filiales D&S, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.983, dentro del plazo de 30 días.<sup>95</sup>

Las facturas emitidas por los Proveedores de Menor Tamaño<sup>96</sup>, debidamente acreditados como tales, serán pagadas, a más tardar, en la primera Fecha de Corte<sup>97</sup> siguiente al transcurso del plazo de 30 días corridos, contado desde la fecha de su recepción conforme.

En todo caso, las mencionadas Fechas de Corte no podrán retrasar el pago a los Proveedores de Menor Tamaño debidamente acreditados como tales, más allá de 15 días corridos desde el vencimiento de los 30 días corridos antes señalados.

---

<sup>95</sup> La ley 19.983, publicada en el D.O. el 15 de Diciembre de 2004, regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a la copia de factura.

<sup>96</sup> TCGA. Proveedores de Menor Tamaño: Proveedores que, por concepto de Aprovisionamiento, realicen ventas de los mismos a las Filiales D&S por un monto anual total igual o inferior al equivalente en pesos a 60.000 UFs, excluido el importe que corresponda al IVA. También se considerará Proveedor de Menor Tamaño el nuevo Proveedor, hasta el mes siguiente a aquel en que, por concepto de venta de mercaderías a los Supermercados, facture en el mes, una suma superior al equivalente en pesos a 5.000 UFs, excluido el importe que corresponda al IVA. Una vez que el nuevo Proveedor complete un año en tal calidad, se estará a la regla general antes dada. Con todo, no será considerado Proveedor de Menor Tamaño aquel Proveedor cuyas ventas totales anuales excedan al equivalente en pesos a 100.000 UFs, excluido el importe que corresponda al IVA. Para los efectos de la definición de Proveedor de Menor Tamaño, se entenderá que son un mismo Proveedor: **i)** una sociedad y sus filiales; **ii)** las empresas individuales de responsabilidad limitada y su respectivo empresario individual de responsabilidad limitada; y, **iii)** las diversas personas naturales o jurídicas en las que un Proveedor se divida o divida sus ventas a las Filiales D&S, pudiendo actuar comercial y operacionalmente bajo una misma entidad que por sí, no calificaría como Proveedor de Menor Tamaño.

<sup>97</sup> TCGA. Fechas de Corte: fechas de pago correspondientes a los mismos dos días distintos de cada mes que, de acuerdo al sistema de pagos de D&S, son asignadas a cada Proveedor.

El pago de las facturas de los Proveedores que no sean Proveedores de Menor tamaño debidamente acreditados como tales, se efectuará en la primera Fecha de Corte siguiente al plazo que de común acuerdo se determine y que conste de los respectivos APC.

Las facturas serán pagadas vía vale vista en las sucursales de los bancos con los que opere D&S o en aquella otra dirección que se informe con la debida anticipación a los Proveedores, o serán pagadas vía depósito en las cuentas corrientes bancarias de los Proveedores previamente informadas por éstos. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de que estas facturas sean pagadas a través de los medios electrónicos que sean implementados al efecto.

No obstante lo dicho, antes de efectuar el pago en los términos señalados, el supermercado realiza una serie de descuentos cuya determinación ha de estar claramente establecida en los acuerdos particulares que se celebren. Para efectuar la liquidación correspondiente, entre el supermercado y cada proveedor se llevará una Cuenta Corriente Mercantil, a la que haremos referencia al tratar las demás figuras contractuales presentes en la operación de distribución supermercadista.

### **1.7.3. La exhibición.**

Una vez que las mercaderías se encuentran en poder del supermercado, éste procede a colocarlas a disposición de los consumidores finales, en los términos y condiciones convenidas con el proveedor, para lo cual el distribuidor deberá dar cumplimiento a las obligaciones que le son propias, y que ya hemos mencionado anteriormente, sin perjuicio de lo dicho respecto de las cláusulas de exclusividad, que no tienen aplicación en nuestro ordenamiento.

Los Productos serán exhibidos al público en las salas de venta de los Supermercados, para efectos de su comercialización, mediante su presentación en las góndolas y otras instalaciones de exhibición destinadas para tales efectos por D&S.

Las Filiales D&S determinarán la ubicación de los productos en las góndolas y otras instalaciones, utilizando para ello el sistema de administración por categoría. El espacio que corresponda a cada Producto en la góndola o instalación en que se ubique su Categoría, será determinado por las Filiales D&S o los Supermercados correspondientes. Ahora bien, lo anterior puede ser modificado por las partes, en los términos que se señalarán más adelante al tratar el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de arrendamiento de cosa.

## **2. OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES INTEGRANTES DE LA OPERACIÓN DE DISTRIBUCIÓN SUPERMERCADISTA.**

Habiendo analizado el contrato de distribución, queda por dilucidar los restantes actos o negocios jurídicos integrantes de la operación mercantil en estudio.

Para estos efectos, acudiremos nuevamente al texto publicado por la cadena de supermercados D&S denominado “Términos y Condiciones Generales de Aproveccionamiento de Mercaderías” (TCGA) y también haremos referencia, en su caso, al acuerdo comercial para empresas Jumbo S.A./ Santa Isabel S.A./ Easy S.A., en adelante “ACEJ”.

Como se indicó oportunamente, aceptada la orden de compra, tendrá lugar la obligación del proveedor de entregar la mercadería en el lugar convenido, obligación que se conjugará con el contrato de transporte terrestre.

### **2.1. EL TRANSPORTE TERRESTRE.**

Hemos incluido aquí esta figura en razón de su ubicación en la cadena de aprovisionamiento de mercaderías. Es, además, un contrato de suma importancia para el éxito de la Operación de Distribución Supermercadista en la medida que busca posicionar las mercaderías con la mayor cobertura posible en el ámbito territorial. No obstante ello, como veremos, en la Operación en estudio no se configura entre el Proveedor y el Supermercado un Contrato de Transporte en los términos señalados en nuestro Código de Comercio.

Sin perjuicio de ello, en caso que el Proveedor y/o el Supermercado celebren esta convención con un tercero, la normativa referida será plenamente aplicable.

La importancia de la figura en comento radica en la mención contenida en el apartado 6.2 de los TCGA, conforme al cual, una de las obligaciones del proveedor es “remunerar oportunamente el servicio de **transporte**” si se hubiese pactado distribución centralizada.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> Ver en Anexo TCGA.

Antes de referirnos al transporte en lo que hemos llamado Operación de Distribución Supermercadista, daremos una breve mirada a este contrato a partir de la legislación nacional.

### **2.1.1. Concepto:**

El artículo 166 inciso 1° del Código de Comercio define transporte como *“un contrato en virtud del cual uno se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro, por tierra, canales, lagos y ríos navegables, pasajeros o mercaderías ajenas y a entregar ésta a la persona a quien vayan dirigidas”*.

Del concepto antes indicado, se desprende que hay tres sujetos que intervienen en su ejecución y que la ley define:

- 1) Porteador o Transportista: El que contrae la obligación de conducir. Asume directamente la obligación de realizar el transporte.
- 2) Remitente o cargador: El que por cuenta propia o ajena encarga la conducción.
- 3) Destinatario o Consignatario: Es a quien se le envían las mercaderías. Puede coincidir con el cargador o remitente.

### **2.1.2. Características.** El contrato de transporte es:

- a) **Bilateral:** Ambas partes resultan recíprocamente obligadas.
- b) **Consensual:** Se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes. La existencia de una carta de porte, documento que acredita las condiciones del contrato y la entrega de las mercaderías al porteador, no lo transforma en solemne, su existencia es meramente probatoria e incluso se podría prescindir de ella toda vez que los hechos que ella contiene pueden acreditarse conforme a las reglas generales, ello según lo establecido por el artículo 1698 del Código Civil.
- c) **Oneroso:** Tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, el porteador se grava en beneficio del cargador realizando la conducción y asumiendo el costo de la misma, mientras que el cargador asume el pago del porte.
- d) **De tracto sucesivo,** las obligaciones se generan y cumplen periódicamente.

- e) De acuerdo a la opinión del profesor Ricardo Sandoval es un contrato **auxiliar de la actividad mercantil**, particularmente para los cargadores y consignatarios.<sup>99</sup>

### **2.1.3. Efectos del contrato de transporte terrestre.**

Los efectos se refieren a los derechos y obligaciones que de este contrato emanan, así tenemos:

#### **a) *Obligaciones del cargador:***

Distinguimos:

- 1) Entrega de la mercadería: Consiste en entregar al porteador la mercadería objeto de la conducción, bien acondicionadas, en el tiempo y lugar convenido en el contrato.
- 2) Suministrar documentos: El cargador está obligado, además, a proporcionar al transportista de los documentos necesarios para el libre tránsito o pasaje de la carga, tales como: guía de libre tránsito de animales, autorizaciones sanitarias, permisos especiales para conducir cargas peligrosas, etc.
- 3) Pagar el porte convenido: En principio es el consignatario el obligado al pago del transporte de las mercaderías, por ser la persona a quien éstas van dirigidas. Sin embargo, el cargador tendrá que asumir esta obligación en caso que el destinatario se rehusare a recibir las mercaderías, cuando el valor de ellas es insuficiente para cubrir el precio de la conducción y los gastos de conservación.<sup>100</sup>

#### **b) *Derechos del Cargador.***

- 1) El cargador está facultado para poner término a este contrato en forma unilateral, pagando el porte o el falso porte (mitad del porte convenido), según si el viaje se ha iniciado o no.
- 2) El cargador puede variar el destino y consignación de las mercaderías mientras estuvieren en camino, cumpliendo con los requisitos legales.
- 3) El cargador goza de un crédito privilegiado de segunda clase para ser indemnizado.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Ver Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 73.

<sup>100</sup> Ver Eyzaguirre Echeverría, Rafael. “*Contrato de Transporte y Nociones de Derecho Marítimo y Aéreo*”. Pág. 25.

<sup>101</sup> Ver Parga Gazitúa, José. “*Derecho Comercial*” Vol I. Pág. 149.

**c) *Obligaciones del porteador:***

En cuanto a las obligaciones del porteador, destacan:

- 1) Recibir la mercadería: Correlativo a la obligación del cargador consistente en la entrega de la mercadería, tenemos la obligación del porteador de recibirlas en el lugar y tiempo establecido en el contrato. Luego de recibidas las mercaderías, el porteador queda responsable de su custodia, debiendo cargarlas en forma adecuada, según el uso de personas inteligentes (artículo 191 del Código de Comercio).
- 2) Emprender el viaje: este deber se entiende cumplido cuando el transportista conduce la carga en el primer viaje que haga al punto de destino, salvo que el contrato estipule un plazo para emprender el viaje.
- 3) Custodiar la carga: Al transportista le asiste el deber de custodiar y conservar las mercaderías objeto del transporte, en carácter de depositario remunerado. Este deber de custodia se extiende hasta que se hace entrega de las mercaderías al consignatario o a quien corresponda, cuando éste último no quiere o no puede recibirlas.
- 4) Entregar la carga al consignatario en el lugar de su destino: esta es una obligación esencial, cuando el porteador no entrega la carga al consignatario queda responsable de los perjuicios que ello irroque (artículo 201 del Código de Comercio).<sup>102</sup>

**d) *Derechos del porteador.***

Los derechos del porteador son aquellos correlativos a las obligaciones del cargador:

- 1) El transportista está facultado para exigir el pago del precio del transporte y de los gastos de conservación de la cosa porteada, luego de veinticuatro horas contadas desde la entrega de las mercaderías. El pago del precio debe hacerse en dinero.
- 2) El porteador tiene privilegio de segunda clase sobre las cosas porteadas para pagarse del porte y de los gastos de conservación.
- 3) Cumpliendo con los requisitos legales, el recibo de mercaderías otorgado en la guía de despacho tiene mérito ejecutivo.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Ver Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 82.

<sup>103</sup> Ver Parga Gazitúa, José. Ob. Cit. Pág. 154.

e) ***Responsabilidad del porteador.***

El porteador asume la custodia de las cosas transportadas como depositario asalariado y conforme al artículo 207 del Código de Comercio, responde de la culpa leve en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte. Se presume en forma simplemente legal que la pérdida, avería o retardo ocurre por culpa del porteador.

*Causas de responsabilidad del porteador.*

“El incumplimiento de las obligaciones propias del contrato de transporte hace que el transportista incurra en responsabilidad. Los hechos que determinan que el porteador responda de la culpa leve son los siguientes:

1. Cuando no recibe la carga en el tiempo y lugar convenido (artículo 191 del Código de Comercio), responde el cargador de los daños causados,
2. Cuando se pierde la mercadería, circunstancia que se presume si no la entrega al consignatario en el lugar de destino,
3. Cuando la mercadería sufre averías, esto es, daños materiales imputables a la culpa del porteador, y
4. Cuando hay retardo en la entrega de la mercadería, lo que implica que la conducción no se hizo en los plazos convenidos, legales o usuales”.

*Eximentes de responsabilidad del porteador.*

“No obstante que la ley presume la responsabilidad del transportista, existen situaciones que lo exoneran de ella, que son:

- a. Caso Fortuito o Fuerza mayor: esta circunstancia, según el artículo 184 del Código de Comercio, exonera al porteador de responsabilidad, pero la mantiene si por un hecho o su culpa ha contribuido al advenimiento del caso fortuito o por no haber empleado toda la diligencia y pericia necesarias para cortar o atenuar los efectos del accidente o por no haber puesto la diligencia y cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos en la carga, conducción y conservación de las mercaderías.
- b. Vicio propio de la cosa: esta noción está definida en el artículo 552 del Código de Comercio, a propósito del contrato de seguro, en los siguientes términos: “*el germen de destrucción o deterioro que llevan en sí las cosas por su propia*

*naturaleza o destino, aunque se las suponga de la más perfecta calidad en su especie*". Acreditada la circunstancia del vicio propio de la cosa, el porteador queda liberado de responsabilidad.

- c. Hecho propio del cargador: son circunstancias de este tipo las declaraciones falsas o incompletas hechas por el cargador en la carta de porte, acerca de la naturaleza genérica de las mercaderías (artículos 185 y 186 del Código de Comercio), que habilitan, en consecuencia, a exonerar de responsabilidad al porteador.

#### Forma de acreditar la responsabilidad del porteador.

“Nuestro derecho facilita la prueba de la responsabilidad del porteador al extremo de establecer que la pérdida, avería o retardo ocurren por su culpa. No obstante, se trata de una presunción que admite prueba en contrario.

En consecuencia, el remitente o cargador se limita a probar la existencia del contrato de transporte y la entrega de las mercaderías al porteador, valiéndose de la carta de porte, que cumple precisamente esa función. No se trata de probar los hechos motivadores, sino la causa jurídica de la responsabilidad.

El transportista debe producir la prueba de los hechos que destruyan la presunción legal de su responsabilidad legal, por ejemplo, justificar la existencia de una situación que según la ley lo exonere de ella, como el caso fortuito. El remitente o cargador puede sostener para que se mantenga la responsabilidad que el porteador por un hecho o culpa ha contribuido al advenimiento del caso fortuito.”

#### Sanciones de la responsabilidad del porteador.

“Dada la naturaleza auxiliar del contrato de transporte, hay que suponer que las mercaderías transportadas están destinadas a ser vendidas o a ser objeto de otros negocios en el lugar de destino. Por tal razón, la legislación mercantil no exige acreditar daño emergente ni lucro cesante al sujeto que pretende ser indemnizado de los perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el porteador.

Las sanciones están previstas en el artículo 209 del Código de Comercio, cuyas disposiciones permiten distinguir las siguientes situaciones:

1. Caso de pérdida: El porteador paga las mercaderías al precio que tengan en el día y lugar en que debió efectuarse la entrega, estimado por peritos. La valoración se hace según la carta de porte.
2. Avería total: esta situación tiene lugar cuando la carga queda inútil para su venta o consumo (artículo 210 inciso 1º del Código de Comercio). Si así ocurre, se abandonan las mercaderías averiadas en manos del porteador y se le cobra su valor íntegramente.
3. Avería parcial: Es el hecho que origine disminución en el valor de las mercaderías. En este evento se le cobra al porteador el importe del menoscabo, y si se encuentran piezas ilesas, el cargador o destinatario está obligado a recibirlas, a menos que formen parte de un juego (artículo 210 inciso 2º y 3º del Código de Comercio)
4. Retardo: puede ocurrir que en el contrato se estipule una cláusula penal en caso de retardo del porteador en la entrega de la mercadería, la que puede hacerse efectiva por el mero hecho de la demora y sin necesidad de acreditar perjuicios, deduciendo su monto del porte convenido (artículo 206 del Código de Comercio). Asimismo, puede acreditarse el perjuicio causado directa o indirectamente por el retardo, debiendo en este caso el porteador pagar la cláusula penal y el monto del daño comprobado. Si los contratantes no han convenido multa por el retardo, es preciso acreditar los perjuicios en conformidad con las reglas generales.

Las acciones de cobro de indemnización pueden ejercitarse tanto por el cargador como por el destinatario”.<sup>104</sup>

**f) *Obligaciones y Derechos del Consignatario.***

Puede ser consignatario el propio cargador o un tercero ajeno al contrato de transporte, que sin ser parte de él, puede llegar a tener derechos y obligaciones en virtud de la estipulación a favor de un tercero (art. 1449 C. Civil) o de la promesa de hecho ajeno (art 1450 C. Civil), siempre que este tercero acepte lo estipulado o prometido.

El artículo 216 del Código de Comercio prescribe: “El consignatario, además de las obligaciones que son correlativas a los derechos del porteador, tiene las siguientes:

1º La de otorgar al porteador, en la carta de porte, recibo de las mercaderías que éste le entregare, con indicación del recinto y fecha de la entrega y del nombre y apellidos del consignatario o de quien reciba en su nombre, aunque esas menciones sean distintas de las

---

<sup>104</sup> Ver Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Págs. 85 a 88.

expresadas en dicho documento. Se presume que representa al consignatario la persona adulta que recibe a su nombre la mercadería, en el recinto indicado para ello en la carta de porte.

2° La de pagar, en su caso, el porte y gastos inmediatamente después de vencido el término que señala el artículo 211.<sup>105</sup>

#### **2.1.4. Terminación del contrato de transporte terrestre.**

Además de las causales de terminación comunes a todos los contratos, el transporte puede terminar unilateralmente e incluso antes de que se cumpla su finalidad. Ello ocurre así cuando el porteador decide ponerle término, antes o después de iniciado el viaje, pagando la mitad del total convenido (artículo 169 del Código de Comercio).

También termina unilateralmente cuando el porteador así lo solicita ante el incumplimiento del cargador de su obligación de entregar la mercadería en el lugar y tiempo convenidos (artículo 182 del Código de Comercio). En tal situación, el porteador puede exigir el pago de la mitad del porte convenido, como indemnización legal de perjuicios.

Normalmente el contrato de transporte finaliza con la ejecución cabal y oportuna de la obligación del porteador de entregar las mercaderías, las que son recibidas a satisfacción por el consignatario, quien otorga el recibo correspondiente, en la carta de porte.<sup>106</sup>

#### **2.1.5. Transporte en la Operación de Distribución Supermercadista.**

Si el Proveedor asume el rol de remitente, y encarga a un tercero la conducción de las mercaderías para que haga entrega de ellas al Supermercado consignatario, se configura un contrato de transporte en los términos que hemos explicado precedentemente.

Lo mismo ocurre si es el supermercado quien, cumpliendo el papel de cargador y consignatario, acude a un tercero para que efectúe la conducción.

Ahora bien, uno de los eventuales cobros que realiza el supermercado al proveedor es el servicio de **transporte** desde el Centro de Distribución hasta el Supermercado

---

<sup>105</sup> Ver Eyzaguirre Echeverría, Rafael. “*Contrato de Transporte y Nociones de Derecho Marítimo y Aéreo*”. Pág. 52.

<sup>106</sup> Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 92.

destinatario. ¿Constituye este acuerdo un Contrato de Transporte entre el Proveedor y el Supermercado? Por las razones que pasamos a exponer, la respuesta es negativa.

Conforme a los Términos y Condiciones Generales de Aprovechamiento de mercaderías (TCGA), implementados por D&S, la entrega de los productos requeridos en las órdenes de compra deberá efectuarse directamente por el proveedor en el centro de distribución correspondiente o en los supermercados, dependiendo de lo que al efecto se indique en la orden de compra.

Recordemos que la compraventa que ha tenido lugar en virtud del contrato de distribución, es un título translaticio de dominio.<sup>107</sup> De acuerdo a ello y conforme a lo dispuesto en el art. 1824 del C.C., constituye una obligación del vendedor hacer la tradición de la cosa vendida.

En consecuencia, de la aceptación de la orden de compra emana para el proveedor la obligación de entregar la mercadería requerida. La regla es que esta entrega se haga en el supermercado correspondiente, el que enseguida procederá a la venta de las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, D&S contempla la posibilidad para el proveedor de dejar la mercadería en un Centro de Distribución<sup>108</sup>, para luego ésta ser transportada hasta el supermercado. Esto es lo que ellos denominan “almacenamiento, transporte y distribución centralizada”.

Sea que la entrega se verifique en el Supermercado o en un Centro de Distribución, entendemos que ella constituye la tradición de las mercaderías.

La tradición, señala el art. 670 inciso 2º del Código Civil, es “un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad y la intención de transferir el dominio, y por la otra la capacidad y la intención de adquirirlo”.

Al respecto, “tratándose de la tradición de las cosas corporales muebles, el art. 684 del C.C. exige que la intención del tradente de transferir el dominio, no obstante que es posible presumirla del título translaticio, se exteriorice en forma expresa, por alguno de los medios que la disposición establece, de modo tal que no pueda surgir duda en cuanto a que el tradente quería transferir el dominio de la cosa que ha recibido el adquirente”.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo: “*Derecho Civil: De la Compraventa*” Pág. 18.

<sup>108</sup> TCGA. Centro de Distribución: Cualquier central de recepción, distribución y despacho de Productos que actualmente o en el futuro sean operados por D&S, una Filial D&S o terceros por cuenta de D&S.

<sup>109</sup> Vial del Río, Víctor. “*La Tradición y la Prescripción adquisitiva como Modo de adquirir el Dominio*”. Pág. 17.

De esta forma, efectuada la entrega de las mercaderías por alguno de los modos señalados en el art. 684 del C.C. al supermercado, sea cual sea el lugar convenido, éste se constituye en propietario de aquellas.

Atentos a lo indicado, quien se encarga de la conducción y el destinatario de las mercaderías son la misma persona.

Dada la identidad de estos actores, no podemos estar en presencia de un Contrato de Transporte.

Arribamos a esta conclusión, primeramente, acudiendo a la definición contenida en el art. 166 del Código de Comercio. Señala esta norma que las mercaderías han de ser ajenas a quien realiza el transporte. Luego, si el Supermercado se encarga de transportar mercaderías que le son propias, no existe un contrato de transporte.

En segundo término, aún si se omitiese en la definición del art. 166 que las mercaderías deben ser ajenas al transportista, la lógica nos conduce a la misma conclusión. Quien lleva por sus propios medios bienes de su propiedad de un lugar a otro, no requiere celebrar ningún tipo de contrato, es más, dicha actividad no genera consecuencias jurídicas, al menos en principio.

Por último, el mismo artículo 166 al señalar los sujetos que participan en el contrato de transporte, expresamente dispone que una misma persona puede ser cargador y consignatario a la vez. Se desprende, entonces, que una misma persona no puede ser cargador y porteador al mismo tiempo, ni tampoco puede ser simultáneamente porteador y consignatario.

Sin perjuicio de lo expuesto, aún nos queda por dilucidar la naturaleza del transporte a que se refieren los TCGA.

Materialmente, el supermercado transporta bienes que son de su propiedad, desde uno de sus Centros de Distribución, hacia uno de sus establecimientos de venta al público, y por ello le cobra un precio al Proveedor.

Pensamos que el término **transporte** empleado en el contrato marco de D&S se limita a individualizar uno de los tantos servicios que el distribuidor pone a disposición del proveedor, con cargo a una suma determinada.

En efecto, lo que hace el Distribuidor es ofrecer al Proveedor la posibilidad de realizar la tradición en un lugar más cercano al establecimiento de éste, traspasándole los costos que ello significa. El Proveedor podrá aceptar tal condición, o bien deberá realizar

la entrega por su cuenta en el Supermercado, empleando sus medios o celebrando un contrato de transporte con un tercero, en ambos casos con sus correspondientes costos y riesgos.

La entrega de la mercadería en un centro de distribución operará sólo respecto de aquellos proveedores que hubieren convenido la mencionada modalidad centralizada de almacenamiento, transporte y distribución. Para que tenga aplicación este servicio es necesario, naturalmente, que el proveedor lo acepte, conste tal manifestación de voluntad en un acuerdo particular complementario (APC), que el proveedor de cumplimiento a las normas y programas de despacho de los centros de distribución, y remunere oportunamente conforme a las tarifas convenidas en los APC el servicio prestado. El cobro por este servicio puede corresponder a un porcentaje del *Sell In* de los productos, una cantidad fija por cada kilo o metro cúbico transportado o al costo de manipulación por cada caja procesada desde un centro de distribución a los supermercados.

Cabe destacar lo siguiente, si el centro de distribución en que se dejaron los productos está ubicado en una región distinta a la del supermercado al que están destinados, al proveedor se le cobrará un precio adicional por este “flete a regiones”.

También es factible que el proveedor ni siquiera transporte los productos a un centro de distribución, contratando a una filial D&S para que ésta los retire ya sea en sus propias instalaciones o en el lugar que se le señale. El cobro por este servicio recibe el nombre de *Back Haul*.<sup>110</sup>

Los proveedores que no se acojan a este servicio deberán entregar directamente los productos en los supermercados, en los días y horas indicados en las órdenes de compra.

El riesgo de pérdida de los productos será de cargo del proveedor en tanto éstos se encuentren bajo su custodia y cuidado. Una vez entregados los productos, sea en un centro de distribución o en los supermercados, el riesgo de pérdida será de cargo de la filial D&S del caso, salvo que la eventual pérdida de los productos sea imputable al proveedor o que con él mismo se hubiere pactado otra estipulación respecto de las mermas, en cuyo caso se efectuarán los descuentos correspondientes por tal concepto, de conformidad a los acuerdos alcanzados a este respecto y que consten en los APC.

---

<sup>110</sup> TCGA. Ver Anexo.

Como señalamos al tratar el contrato de distribución, una vez que las mercaderías se encuentran en el supermercado, el distribuidor debe ponerlas a disposición de los consumidores.

A pesar que la mercadería ha sido comprada, el proveedor no se desligará en absoluto del producto que ha vendido, seguirá “asociado” al retailer para asegurarse, entre otras cosas, que su mercadería sea colocada adecuadamente en las góndolas del supermercado, podrá pactar con el éste una ubicación preferencial de sus productos, o incluso acordar una forma de publicidad para sus mercaderías. Lo anterior con el objetivo de lograr una venta exitosa, cuestión que no sólo le permitirá mantenerse en el mercado como un actor relevante en la fabricación del producto de que se trate, sino que también lo dotará de un mayor poder de negociación ante al retailer, logrando así condiciones más ventajosas en la próxima contratación.

De esta manera, podemos apreciar que siguen apareciendo nuevos contratos en esta operación.

Por lo pronto, veremos como se configura un arrendamiento de servicios.

## **2.2. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.**

El artículo 1915 del Código Civil nos dice que el arrendamiento de servicios es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a prestar un servicio y la otra a pagar por este servicio un precio determinado.

En la relación que existe entre proveedores y supermercados se configura una prestación de servicios a raíz del sistema de reposición pactado entre las partes.

### **2.2.1. Reposición o Servicio de Reposición.**

Como se expuso en el Capítulo I, la reposición está definida como la “*Acción y efecto de colocar mercaderías en los espacios habilitados para su comercialización en una sala de ventas de un supermercado, en los lugares determinados por las filiales D&S, por el hecho de faltar dichas mercaderías o ser necesario su reemplazo por razón de haber sido tomadas por un cliente o por cualquier otra causa*”.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> D&S: Ob. Cit. Pág.8.

Esta reposición puede ser interna o propia. La reposición Interna es aquella que efectúa D&S o una filial D&S cualquiera, mediante trabajadores propios o terceros. Reposición Propia, por su parte, es aquella que efectúa un proveedor en los supermercados LIDER, respecto de sus propios productos, mediante trabajadores propios o terceros.

La reposición, sea interna o propia, deberá ser efectuada respetando fiel y estrictamente los espacios asignados previamente por las filiales D&S correspondientes en las góndolas o en las restantes instalaciones adicionales acordadas promocionalmente y destinadas a la exhibición de productos.

Tratándose de la reposición propia (aquella efectuada por el personal designado por el respectivo proveedor), ésta deberá ser realizada dando cumplimiento a las siguientes obligaciones:

- ✓ Emplear las mejores prácticas conocidas para obtener un Nivel de Servicio en Góndola<sup>112</sup> que sea óptimo, de acuerdo a los estándares del mercado y de las filiales D&S;
- ✓ Estar permanentemente preocupados de los quiebres de stock, debiendo adoptar oportunamente las medidas necesarias para lograr el inmediato llenado de las góndolas o de las restantes instalaciones de exhibición;
- ✓ Revisar periódicamente las fechas de vencimiento de sus productos en las bodegas, góndolas y otras instalaciones de exhibición de los respectivos supermercados, debiendo adoptar las medidas necesarias y oportunas para evitar la existencia de productos vencidos en exhibición;
- ✓ Colaborar en la recepción de sus productos en las bodegas de los respectivos supermercados;

---

<sup>112</sup> “Nivel de Servicio en Góndola” es el porcentaje de los productos determinados por D&S o la filiales D&S para cada supermercado, de acuerdo al sistema de administración por categoría, que efectivamente se encuentren disponibles para los clientes en las góndolas de los supermercados en el momento en que aquellos concurren a dichos establecimientos a realizar sus compras.

- ✓ Responsabilizarse del orden y limpieza de las góndolas en que se ubiquen sus productos, como también de todos los muebles ubicados en las dependencias de las bodegas y salas de ventas de los respectivos supermercados cuyo uso esté destinado al almacenamiento y exhibición de los productos del proveedor respectivo;
- ✓ Entregar a las filiales D&S la información relativa a los resultados de la reposición propia;
- ✓ Realizar las labores de reposición propia en los días y horarios que les sean informados por las filiales D&S;
- ✓ Informar oportunamente al respectivo supermercado, la identidad de las personas que realizarán las labores de reposición propia;
- ✓ Asegurar la asistencia del personal que efectúe labores de reposición propia en los horarios establecidos al efecto;
- ✓ Proveer de personal de reemplazo en forma inmediata en caso que las personas que deban realizar las labores de reposición propia no se presenten en las oportunidades pertinentes; y,
- ✓ No realizar actos que atenten en contra de la adecuada exhibición y comercialización de productos de otros proveedores o de marca propia.

Las filiales D&S y los proveedores podrán pactar caso a caso los aspectos específicos necesarios para hacer operativas las obligaciones antes mencionadas. Los costos que implique la reposición propia serán de cargo y responsabilidad exclusiva del proveedor.

Los proveedores que realicen reposición propia deberán asumir en forma exclusiva y sin ningún tipo de responsabilidad para D&S o cualquier filial D&S:

- a. El cumplimiento de las normas laborales y previsionales respecto de los trabajadores que desarrollen las labores de reposición propia, por lo que toda la responsabilidad ante cualquier incumplimiento de tales normas será de cargo exclusivo del respectivo proveedor; y
- b. El cumplimiento de todas las demás normas y deberes de cuidado a que estén sujetos los trabajadores que desarrollen las labores de reposición propia, de manera que el respectivo proveedor responderá totalmente por los actos u omisiones de su personal que pudiesen provocar o provoquen perjuicios a terceros y/o a D&S o a cualquier filial D&S.

Las Filiales D&S y los correspondientes supermercados darán, de buena fe y de acuerdo a las prácticas comunes de la industria y a los acuerdos alcanzados con los proveedores de que se trate, todas las facilidades necesarias para que puedan realizar oportuna y, eficazmente sus labores de Reposición Propia.

En el caso que un proveedor que realice reposición propia incurriere en un incumplimiento grave de las obligaciones señaladas precedentemente, las filiales D&S podrán, previa comunicación al proveedor del caso, efectuar directamente o a través de un tercero la reposición de los respectivos productos por cuenta del proveedor. En tal caso, el costo de la reposición practicada por la filial D&S será cobrado al proveedor, en forma no discriminatoria, de acuerdo a la tarifa que resulte de calcular el precio promedio vigente de la reposición interna, habida consideración del precio cobrado a todos los proveedores que cuentan con reposición interna, para lo cual se remitirá al proveedor una factura por el importe correspondiente dentro de los 5 días hábiles siguientes al término de cada período que corresponda facturar.

Los proveedores que cuenten con reposición interna de sus productos, tendrán los siguientes derechos y obligaciones a su respecto:

- ✓ Podrán tener conocimiento oportuno del nivel de servicio en góndola de sus productos, mediante el acceso a un sistema de monitoreo en línea puesto a su disposición, sin costo alguno para ellos, sistema que será administrado por un tercero independiente;

- ✓ Deberán abstenerse de realizar reposición propia de sus productos por cualquier medio, directo o indirecto, mientras se encuentre vigente el acuerdo alcanzado con la filial D&S en relación a este servicio;
- ✓ Deberán pagar una tarifa que será determinada de común acuerdo y de la que se dejará constancia en los respectivos APC. Corresponderá a un porcentaje del “*Sell Out*” de los productos, que el proveedor pagará al supermercado mediante un descuento o cargo aplicado en su cuenta corriente mercantil.; y,
- ✓ Podrán poner término al servicio de reposición interna contratado, libremente y en cualquier momento, mediante una comunicación dirigida por carta certificada, la que deberá enviarse con a lo menos 90 días de anticipación a la fecha en que desearan poner término al Servicio de Reposición.

D&S sostiene que la reposición interna será ejecutada de manera competente, conforme a los criterios técnicos y comerciales objetivos y estandarizados imperantes en la industria supermercadista, en miras a la eficiencia de la rotación y nivel de servicio en góndola de los productos. Todo ello, en beneficio de ambas partes y con el compromiso de no discriminar arbitrariamente entre los productos de distintos proveedores.

Resulta interesante esta declaración, toda vez que el principal temor manifestado por los proveedores frente a un sistema de reposición controlado por el mismo supermercado, era que éste privilegiara en las góndolas sus marcas propias en desmedro de los productos de marca tradicional.

De conformidad a lo anteriormente expuesto podemos concluir que este arrendamiento de servicios se constituye a propósito de la reposición interna, cuando es el proveedor quien encomienda al supermercado la labor de colocar la mercadería en los espacios habilitados del mismo, pagando un precio por este servicio, que conforme al TCGA será pactado libremente entre las partes, pudiendo corresponder a un porcentaje del *sell out* de los productos.

Ahora bien, cuando el proveedor decide realizar su propia reposición, tiene la alternativa de ocupar sus propios trabajadores, en cuyo caso existirá entre el proveedor y

tales reponedores el típico contrato de trabajo, en los términos del artículo 7° del Código del Trabajo. Lo mismo ocurre si el Supermercado encarga a sus empleados la realización de la reposición, cuando es interna. Pero, en el evento que se acuda a terceros, ¿Qué acontece?

### **2.2.2. Reposición y Ley de Subcontratación.**

El Proveedor o el Supermercado, según se pacte reposición propia o interna respectivamente, puede externalizar la labor de reposición, acudiendo a un tercero constituido por una agencia contratista, la que a su vez contrata personal para que labore como reponedor en el supermercado. Dicha relación se enmarca dentro del régimen legal de subcontratación, incorporada al Código del Trabajo por la ley 20.123 que entró en vigencia a partir del 14 de Enero del año 2007.

El nuevo artículo 183 A inciso 1° del Código del Trabajo dispone: *“Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas”.*

Según el nuevo concepto legal, los requisitos que se deben cumplir en la subcontratación de reponedores por las empresas son los siguientes:

1. Existencia de contrato de trabajo entre el reponedor externo y su empleador o agencia contratista;
2. Acuerdo o contrato comercial entre una agencia contratista y la empresa proveedora o el supermercado;
3. Definir expresamente en dicho contrato el servicio de reposición de productos para la venta al público en Supermercados, el que se prestará por una agencia contratista con sus reponedores;
4. El contratista debe prestar su servicio de reposición por su cuenta y riesgo;
5. El contratista debe prestar su servicio con reponedores contratados directamente por él;

6. El reponedor debe trabajar bajo dependencia o subordinación de su agencia contratista;
7. El lugar en que se prestará el servicio de reposición será en un Supermercado.<sup>113</sup>

Las consecuencias jurídicas en el ámbito laboral que resultan de la aplicación de la ley de subcontratación exceden del propósito de este trabajo, por lo que nos limitaremos a señalar sólo su aspecto general.

La empresa principal - el proveedor o el supermercado -, será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos. La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad de todos éstos.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas del Párrafo 1º, del Título VII, del Libro I del Código del Trabajo.<sup>114</sup>

Cuando el rol de principal lo asume el supermercado no surgen mayores inconvenientes en la aplicación de esta ley, pues está claro que actúa como dueño de la empresa, obra o faena. El problema surge cuando se ha pactado reposición propia, y el proveedor acude a un contratista, toda vez que el servicio de reposición se ejecuta en el espacio físico de un tercero, en este caso, al interior del supermercado.

La interrogante surge por cuanto en la parte final de la definición contenida en el art. 183-A del Código del Trabajo, se identifica al dueño de la obra empresa, obra o faena en atención al lugar en el que se presten los servicios. Nos preguntamos entonces ¿puede ser el Supermercado solidaria o subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales que le corresponden al contratista o subcontratista, respecto de los reponedores?. Estimamos que no.

---

<sup>113</sup> ASACH: “*Reponedores externos permanentes y nueva ley de subcontratación*”. [www.asach.cl](http://www.asach.cl), circular 03/2007.

<sup>114</sup> Ver art. 183 B, del Código del Trabajo.

La negativa se fundamenta en la propia definición de subcontratación, en la medida que exige que el servicio sea prestado “para” la persona dueña de la empresa, obra o faena; y en este caso particular, es el proveedor quien ha encargado al contratista la labor de reposición, en su sólo interés.

Entendemos que por empresa principal se alude a “*toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada, que encarga una determinada obra, empresa o faena a un contratista, quien la ejecuta, por su cuenta y riesgo, con trabajadores contratados por él*”.<sup>115</sup>

No habiendo vínculo alguno entre el contratista y el Supermercado, y menos un encargo efectuado por éste a aquel, no podemos considerar como empresa principal al supermercado.

Tanto es así que, como vimos en el Capítulo I, el Supermercado prefiere siempre realizar una reposición interna, toda vez que no reporta beneficio alguno de este encargo realizado a un tercero por el proveedor.<sup>116</sup>

A ello se suma, aunque no baste por sí sola, las cláusulas que eximen al supermercado de la responsabilidad laboral y previsional que vimos más arriba.

Conjuntamente con el arrendamiento de servicios, también integra esta operación el contrato de arrendamiento de cosa, como a continuación veremos:

### **2.3. ARRENDAMIENTO DE COSA.**

Según lo establece el artículo 1915 del código civil, el contrato de arrendamiento de cosa es aquel por el cual las dos partes se obligan recíprocamente, la una a prestar el goce de una cosa y la otra a pagar por este goce un precio determinado.

Como hemos indicado, la entrega de la mercadería no implica la desaparición de la figura del proveedor, quien se mantendrá altamente interesado en el éxito de venta de sus mercaderías hacia el consumidor final. Por tal razón no dudará en incurrir en gastos adicionales con tal de lograr el mencionado objetivo.

---

<sup>115</sup> Zavala O., José Luis y Montecinos F., Carolina: “*Nueva Ley de Subcontratación*”. Pág. 8.

<sup>116</sup> Ver *Supra* Págs. 17 y 28.

En efecto, podrá acordar con el supermercado que sus productos sean exhibidos en algún lugar preferencial y por un tiempo determinado y por tal ubicación pagará un precio, constituyendo, de esta manera, lo que el TCGA denomina “*logro o rappel*” y dentro de éste distingue:

**2.3.1. Logro Automático o Rappel Automático:** cobro fijo pactado libremente con los proveedores en razón de las actividades comerciales implementadas en los supermercados, el cual tiene como contraprestación para el Proveedor la exhibición temporal o adicional de productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes que les permiten incrementar sus ventas (especialmente, cabeceras de góndolas) por un período de tiempo. Este cobro fijo mensual corresponde a un porcentaje del “*Sell In*” de los productos.

**2.3.2. Logro Manual o Rappel Manual:** cobro variable pactado libremente con los proveedores en razón de actividades adicionales comerciales implementadas en los supermercados, el cual tiene como contraprestación para el proveedor la exhibición temporal o adicional de productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes que les permiten incrementar sus ventas (especialmente, cabeceras de góndolas, mini cabeceras, islas en pasillos centrales o laterales, muros, canastillos, mecanismos publicitarios en góndolas destinados a destacar el Producto, etc.) y/o la publicación de los Productos en catálogos especiales. Este cobro mensual puede corresponder a una cantidad fija acordada caso a caso o a un porcentaje variable del *Sell Out* de los productos durante un período de tiempo, dependiendo de la actividad o producto negociado.<sup>117</sup>

En este caso, lo que hace el proveedor es, pensamos, arrendar un determinado espacio físico al supermercado, pagando por dicho espacio un precio, que puede ser el acordado por las partes o un porcentaje variable del *sell out* de los productos. De esta manera, el proveedor asume el rol de arrendatario, mientras que el supermercado es el arrendador y la cosa arrendada está constituida por este espacio físico que dota al producto de una ubicación preferencial, facilitando así su venta.

---

<sup>117</sup> TCGA. Ver Anexo.

Llama la atención que el proveedor tome en arriendo una cosa con el objeto de mejorar la ubicación de un producto que en ese momento le es ajeno, es más, le arrienda al dueño del producto, es decir, al supermercado.

Sostenemos que lo anterior no obsta a la configuración del contrato de arriendo, pues para que éste tenga lugar, es indiferente a quien pertenezcan las mercaderías; lo definitorio es que la cosa arrendada, es decir, el espacio en la góndola, no pertenezca al proveedor.

Como hemos señalado, la vinculación económica entre el Proveedor y el producto a distribuir no desaparece al hacer la tradición de las mercaderías.

Además, como veremos en el Capítulo final, siempre existirá el interés del dueño de la marca por posicionarla en el mercado, y ello constituye el motivo por el cual celebra este contrato de arrendamiento.

Tratándose específicamente del *rappel* manual, el cobro no sólo se efectúa por la exhibición de productos en lugares preferentes, sino que también por la publicación de los productos en catálogos especiales. Esto ya no queda comprendido dentro del contrato de arrendamiento de cosa, sino que con la figura del contrato publicitario.

#### **2.4. CONTRATO PUBLICITARIO.**

*“Contrato publicitario: es aquella convención por la cual una de las partes, el anunciante, se obliga a pagar un cierto precio en dinero, y la otra parte, el avisador, se obliga a ejecutar una obra material e intelectual, a su riesgo técnico y económico, siendo el destino de esa obra la propaganda mercantil o de cualquier otra especie”.*<sup>118</sup>

En ocasiones, la ubicación preferente de la mercadería no basta para asegurar una comercialización exitosa de la misma. Por tal razón, el proveedor o fabricante puede optar por la alternativa de publicitarla, ya sea mediante su inclusión en catálogos especiales, avisos radiales o propaganda televisiva.

De esta manera, acuerda con el supermercado la forma en que éste publicitará la mercadería, desempeñando el proveedor el rol de anunciante y el supermercado el de avisador.

---

<sup>118</sup> Spota, Alberto: *“Contratos, Instituciones de Derecho Civil”*.. Pág. 389, citado por Farina, Juan: Ob. Cit. Pág. 686.

En nuestra legislación, a diferencia del caso español, no tenemos una ley dedicada exclusivamente a esta materia. Sin embargo, tenemos un marco regulador dado por la ley protectora de los derechos del consumidor, la que en su artículo primero define publicidad como *la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio.*

Esta normativa regula la publicidad sólo en cuanto ella pueda dañar a los consumidores y tiene la falencia de referirse únicamente a la publicidad engañosa dejando a un lado la abusiva.<sup>119</sup>

No hay, por tanto, norma especial aplicable al caso que en comento, quedando entregada esta materia a la libertad contractual.

El contrato publicitario que tiene lugar en esta operación queda, en su regulación, entregado a los acuerdos particulares a que lleguen las partes.

En este sentido, el ACEJ se refiere en su punto Cuatro al “descuento por Publicidad, Mega Promociones y Promociones temáticas”. Conforme a este documento, dicho descuento se practicará sobre el importe final neto de descuentos comerciales, neto de IVA y de devoluciones de toda facturación correspondiente a la mercadería efectivamente recibida por el retailer durante el periodo que corresponda de acuerdo con la periodicidad convenida.

Por su parte, el TCGA expresa que se podrá pactar con cada proveedor, por cualquier medio escrito y en forma previa a su implementación, toda clase de promociones. Para ello, se comunicará por cualquier vía al proveedor la intención de llevar a cabo la promoción y éste deberá responder si acepta o no. En caso que el proveedor nada diga, se entenderá que no ha otorgado su consentimiento para realizarla.

## **2.5. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.**

En el Acuerdo Comercial para Empresas Jumbo S.A/ Santa Isabel S.A./ Easy S.A. se alude a un sistema de intercambio de información telemática denominado EDI. En efecto, en virtud del mencionado acuerdo, el proveedor se compromete en el punto 10 letra

---

<sup>119</sup> Fredes Hellebauto, Melanie Muriel: “*Los contratos mercantiles atípicos en la comunidad europea y su posible influencia en el derecho chileno*”. Pág. 90.

“g” a operar mediante sistema EDI, obligándose a implementarlo dentro del mes siguiente a la firma del acuerdo comercial.

En razón de ello, haremos una breve referencia a las nociones de comercio electrónico y contratación electrónica, explicaremos a grandes rasgos en qué consiste el sistema de *Electronic Data Interchange* (EDI), y señalaremos algunos de sus principales efectos a la luz de la ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, publicada en el Diario Oficial el 12 de abril del año 2002.

Hoy en día prácticamente la totalidad de las compañías que realizan comercio alrededor del mundo están organizadas bajo el uso de computadores. Estas compañías almacenan y controlan toda la información relativa a su contabilidad, inventarios, clientes, proveedores y otras materias por medios electrónicos.<sup>120</sup>

Toda empresa maximizadora de beneficios busca, entre otras cosas, incrementar su agilidad y rapidez, aumentar su volumen de transacciones y reducir los costos asociados a la utilización y manipulación de papel, y uno de los mecanismos que apunta en esa dirección es conectar sus sistemas con quienes negocian, de manera tal que las transacciones que realizan entre si puedan ser llevadas a cabo por medios electrónicos y a distancia, sin utilizar el papel como soporte en la transacción.<sup>121</sup>

El intercambio telemático de información entre empresas o entre empresas y consumidores y que da lugar a una relación comercial consistente en la entrega en línea de bienes intangibles tales como datos, documentos, imágenes, música, videos, etc. o en un pedido de bienes tangibles, origina lo que conocemos como *comercio electrónico*.<sup>122</sup>

Inserto en la noción de comercio electrónico, tenemos al *contrato electrónico*, que puede definirse como “aquel acto jurídico bilateral o convención que tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos y su correlativa obligación, celebrado a través de medios de comunicación y/o de medios informáticos.”<sup>123</sup>

Como adelantamos, en el ACEJ podemos apreciar que uno de los compromisos asumidos por el proveedor consiste en operar mediante sistema EDI, obligándose a implementarlo dentro del mes siguiente a la firma del acuerdo comercial.

---

<sup>120</sup> Ver Peuriot Canterini, Luis F.: Estudios de Derecho Marítimo, “*Conocimientos de embarque electrónico, con especial referencia a Bolero*”. Pág. 422 y siguientes.

<sup>121</sup> *Id.*

<sup>122</sup> Ver Jijena Leiva, Renato: “*Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho*”. Pág. 28.

<sup>123</sup> Carrasco Blanc, Humberto: “*Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*”. Pág. 48.

### **2.5.1. ¿Qué es EDI?.**

Se trata de la transferencia electrónica de documentos de un computador a otro, documentos que están estructurados mediante mensajes acordados y estandarizados internacionalmente.

A diferencia del correo electrónico, cuyo formato es libre, los datos transmitidos por EDI se adhieren a estándares que pueden ser comprendidos en cualquier parte del mundo ya que están basados en formatos internacionales.

Una importante característica de este sistema es su seguridad. Tiene implementado un mecanismo que lo torna altamente seguro a la hora de realizar transacciones por el mismo. Así, un control básico que ejerce es el de aceptar tráfico sólo entre aquellos usuarios que tengan convenio de relaciones comerciales.

Además, existen controles adicionales que permiten verificar que se cumpla con los servicios de seguridad, tales como: confidencialidad del contenido, firma digital y no repudiación de recepción. Incluye además un sistema de seguridad basado en el sistema criptográfico RSA, el que se caracteriza por ser asimétrico, lo que significa que existen dos claves, una para encriptar y la otra para desencriptar. Por esta razón es que se le conoce como el sistema de llave pública y privada. El sistema dispone de un generador y certificador de claves públicas y privadas, de tal forma que no sólo distribuye las claves públicas sino que además certifican, para sus usuarios, que éstas son válidas.<sup>124</sup>

Tales servicios son una implementación de las normas de seguridad recomendadas por Naciones Unidas para el comercio electrónico vía EDI.

### **2.5.2. Efectos de la Implementación del sistema EDI.**

Como explicábamos, los actos y contratos celebrados mediante el sistema EDI son suscritos por medio de firma electrónica, por lo que, conforme a lo dispuesto en el art. 3º de la Ley 19.799, esos actos serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel, y se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.

Otro efecto importante dice relación con la prueba en juicio.

---

<sup>124</sup> Edi-Trade S.A <<http://www.editrade.cl/productos/edi/producto-edi.htm>>

La firma electrónica utilizada por el sistema EDI será considerada avanzada en la medida que sea certificada por un prestador acreditado, siendo creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.<sup>125</sup>

Conforme a la redacción actual de los artículos 4º y 5º de la citada ley, los instrumentos privados suscritos mediante firma electrónica avanzada tendrán en juicio el mismo valor que un instrumento público. Luego, los actos y contratos celebrados mediante el sistema EDI cumpliendo con los requisitos señalados en el párrafo anterior, harán plena prueba respecto del hecho de haberse otorgado, del hecho de haber efectuado los interesados las declaraciones que en él se consignan y de la verdad de sus declaraciones, pero esto último sólo respecto de los otorgantes.<sup>126</sup>

Para que el documento suscrito con firma electrónica avanzada haga también plena fe respecto de su fecha, el documento deberá contar con un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado.

Si se trata de instrumentos privados suscritos mediante firma electrónica simple (no avanzada), tendrán el valor probatorio que corresponda, según las reglas generales.<sup>127</sup> Es decir, si son otorgados por la contraparte, sólo tendrán el mismo valor que un instrumento público si han sido reconocidos expresa, tácita o judicialmente; si no son reconocidos, carecerán de todo valor probatorio.<sup>128</sup>

Por último, es importante señalar que en cuanto a la formación del consentimiento, nada ha dicho la ley 19.799, por lo que deben aplicarse las disposiciones generales contenidas en el Código de Comercio.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Ver letra g), art. 2º, Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma, modificada por la Ley 20.217.

<sup>126</sup> Ver Casarino Viterbo, Mario: “*Manual de Derecho Procesal*”. Pág. 110.

<sup>127</sup> Art 5º inciso 2º parte final, Ley 19.799

<sup>128</sup> Ver Casarino Viterbo, Mario: ob. Cit., Pág. 121.

<sup>129</sup> Ver Pinochet Olave, Ruperto. “La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico.” *Ius et Praxis*. [online]. 2005, vol.11, no.2 <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000200009&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200009&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012.

## **2.6. CUENTA CORRIENTE MERCANTIL**

En el Capítulo I desarrollamos el caso de la consulta efectuada por AGIP ante la Comisión Preventiva Central, del 02 de enero de 2002. En esa oportunidad trajimos a colación el informe de la FNE donde se denunció, entre otras situaciones, la existencia de descuentos no pactados y aplazamientos de pago impuestos por D&S y Cencosud a sus proveedores.

D&S, evacuando el traslado que se le confirió, señaló que *“mantiene un sistema de **cuenta corriente**, en el cual se contabilizan, por un lado, los pagos a proveedores por compras de productos y por el otro, las rebajas de dichos pagos por conceptos tales como descuentos por volúmenes, si los hubiere; servicios consistentes en promociones, rappel y reposición o por concepto de hurto o devoluciones de mercaderías en mal estado.*

En mayo de 2007 D&S publicó los TCGA de mercaderías, en cuyo apartado 11.2 podemos leer: *“El pago de los servicios prestados y los cobros efectuados por una Filial D&S se realizará mediante el correspondiente descuento o cargo aplicado en la **cuenta corriente mercantil** mantenida con el respectivo Proveedor.”*

Entonces, la cuenta corriente mercantil es una figura jurídica que podría darse en lo que hemos denominado Operación de Distribución Supermercadista.

En el caso particular de la empresa D&S cabe preguntarse, ¿efectivamente se ha celebrado un contrato de cuenta corriente mercantil con los proveedores o se trata simplemente de un sistema contable representado por cuentas simples o de gestión?

La respuesta a esta interrogante es de suma importancia en la determinación de la normativa aplicable al efecto y sus consecuencias jurídicas.

Para resolver este asunto particular, y precisar los alcances de este contrato en caso de verificarse en la operación en estudio, pasamos a analizar el contrato de cuenta corriente mercantil.

### **2.6.1. Concepto de cuenta corriente mercantil.**

Siguiendo a Nuri Rodríguez Olivera, la cuenta corriente mercantil es el contrato por el cual las partes, dos comerciantes que mantienen negocios entre sí, se obligan a diferir la exigibilidad y la liquidación de sus respectivos créditos para un momento posterior, llegado el cual formularán dos cuentas únicas y opuestas (debe y haber) que serán compensadas

produciéndose la extinción de sus respectivas obligaciones, sin perjuicio del saldo acreedor o deudor que pudiera resultar.

La cuenta corriente se celebra cuando, entre dos comerciantes, existe una relación continuada de negocios. De sus relaciones nacen créditos y deudas recíprocas, que se van creando sucesivamente. Uno a otro se remiten mercaderías, dinero, títulos valores.

De no existir contrato de cuenta corriente, cada operación de la cual surgiera una obligación o se extinguiera otra preexistente, daría lugar a una liquidación especial con los pertinentes movimientos de dinero.

Por el contrato de cuenta corriente se crea un mecanismo mediante el cual se evitan las liquidaciones particulares. Todas las operaciones realizadas se incluyen en una cuenta común y se inscribirán como anotaciones del debe o del haber y, vencido el plazo que se acuerde, se sumarán las cifras anotadas en cada columna. En ese momento, se compensarán las sumas, haciéndose exigible sólo el saldo final, que será de cargo de una sola de las partes.

La cuenta corriente supone, así, un aplazamiento de la exigibilidad de los respectivos créditos y la liquidación de los mismos en un momento posterior mediante compensación.<sup>130</sup>

El contrato de cuenta corriente está regulado en el Título IX, del Libro II de nuestro Código de Comercio. El calificativo de “*mercantil*” se lo ha dado la doctrina atendida su aplicación al comercio, y a su vez la distingue de la Cuenta Corriente Bancaria.

En este tema, atendida la claridad en su desarrollo, nos circunscribiremos a lo expuesto por los autores Raúl Varela y Gabriel Palma Rogers.

“El contrato de cuenta corriente mercantil aparece definido por el Código de Comercio en su artículo 602, definición que si bien es larga, es bastante completa y exacta. Dice este precepto:

*“La cuenta corriente es un contrato bilateral y conmutativo por el cual una de las partes remite a otra o recibe de ella en propiedad cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a un empleo determinado ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en*

---

<sup>130</sup> Rodríguez Olivera, Nuri: <<http://www.derechocomercial.edu.uy/RespContCtaCte01.htm>>

las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta concurrencia del débito y crédito y pagar el saldo.”

### 2.6.2. Características del Contrato:

“Comienza diciendo la definición, que la cuenta corriente mercantil es un contrato *bilateral*. De manera, pues, que no se trata de una relación de contabilidad, sino que es una convención que tiene por objeto crear obligaciones recíprocas entre las partes.

Es además un contrato *conmutativo*, porque lo que obtiene una de las partes se mira como equivalente de lo que obtiene la otra.

Las obligaciones de las partes consisten en acreditar recíprocamente las remesas que se hagan, y liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta concurrencia del débito y del crédito y pagar el saldo.

Es un contrato *translativo*, a virtud del cual se hacen remesas de dinero y otros valores, que se adquieren en propiedad.

Las remesas tiene por objeto alimentar la cuenta corriente, pero no hay obligación de hacerse remesas ni deber de aceptarlas. El contrato sólo faculta a las partes para hacer esas remesas en propiedad”.<sup>131</sup>

“Siempre que el remitente envíe ciertos valores al receptor con cargo a destinarlos a determinado objeto no podrá decirse que hay cuenta corriente. Podrá haber un mandato o un contrato parecido, pero no el que venimos tratando”.<sup>132</sup>

“Al término de la cuenta, o periódicamente, se cierra la cuenta y opera la compensación de las remesas que recíprocamente se han estado haciendo las partes.

La cuenta corriente es un *contrato auxiliar*, pues está sirviendo a otras actividades. No es un contrato principal, pero tampoco es accesorio, en el sentido que requiere un contrato principal para existir”.<sup>133</sup>

El contrato se perfecciona, y subsiste por sí mismo, pero sólo cuando se realicen otros negocios producirá sus efectos.

“No nos ha dicho el Código de Comercio cuando la cuenta corriente es *mercantil*, pero siendo un contrato exclusivamente reglamentado por el Código de Comercio – sin perjuicio de la ley de Cuentas Corrientes Bancarias -, cualesquiera que sean las partes que

---

<sup>131</sup> Varela, Raúl: “*Derecho Comercial*”. Pág. 63.

<sup>132</sup> Palma Rogers, Gabriel: “*Derecho Comercial*”. Pág. 273.

<sup>133</sup> Varela, Raúl: Ob. Cit., Pág. 65.

intervengan en él, siempre gobernará este cuerpo legal, como se desprende de la parte final del artículo 1°.

La cuenta corriente es un contrato *consensual*. La ley no ha establecido ninguna formalidad para su constitución, de manera que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento”.<sup>134</sup>

Por último, además de las características dadas por Varela, podemos agregar que se trata de un contrato *nominado y típico*, toda vez que se encuentra claramente individualizado y reglamentado por nuestro legislador.

### **2.6.3. “Cuentas simples o de gestión.**

En el contrato de cuenta corriente es esencial que las remesas que las partes se hagan no estén destinadas a un empleo o fin determinado, sino que el receptor las haga suyas en propiedad. Es por ello que el artículo 603 dispone que “las cuentas que no reúnan todas las condiciones enunciadas en el artículo anterior son cuentas simples o de gestión, y no están sujetas a las prescripciones de este título”.

Entonces, si las remesas deben aplicarse a un fin determinado, no estaríamos frente a una cuenta corriente mercantil, sino que se trataría meramente de un estado de contabilidad.

### **2.6.4. Cosas objeto del contrato de cuenta corriente.**

Puede serlo toda cosa susceptible de evaluación pecuniaria, al tenor de lo que dispone el artículo. 604: Todas las negociaciones entre comerciantes domiciliados o no en un mismo lugar, o entre un comerciante y otro que no lo es, y todos los valores transmisibles en propiedad, pueden ser materia de la cuenta corriente”.<sup>135</sup>

### **2.6.5. “Prueba del contrato de cuenta corriente.**

*La existencia del contrato de cuenta corriente puede ser establecida por cualquiera de las pruebas que admite este Código, menos por la de testigos.* (art. 618). No quiere decir esto que la cuenta corriente sea un contrato solemne. Esta disposición se está refiriendo simplemente a la prueba testimonial, y deja a salvo todos los demás medios de prueba.

---

<sup>134</sup> Varela, Raúl: Ob. Cit., Pág. 66.

<sup>135</sup> Varela, Raúl: Ob. Cit., Pág. 65.

### 2.6.6. Efectos de la esencia del contrato de cuenta corriente.

Nos referimos a los efectos que le pertenecen a la cuenta corriente sin necesidad de estipulación expresa de modo que sin ellos no existe el contrato o degenera en otro distinto.

Estos efectos nos resultan de la definición del contrato, y son:

1º Transferencia de dominio. El receptor hace suyas las cosas que le envía la otra parte como remesa de cuenta corriente”.<sup>136</sup>

“Los receptores, por lo mismo que son dueños de los bienes que constituyen la remesa, podrán invertirlos en lo que a ellos se les ocurra, sin necesidad de tener que rendir cuenta de su empleo.

Además, por aplicación del principio de que las cosas perecen para su dueño, si después de recibidas por el receptor, perecen las cosas constitutivas de la remesa, es evidente que ellas perecen para éste y, por consiguiente, será él quien tenga que soportar los riesgos de la remesa.

Otra consecuencia muy importante y que también se deduce de este punto, efecto esencial de la cuenta, tiene lugar en el caso de quiebra de uno de los corresponsales con respecto a la procedencia o improcedencia de la acción reivindicatoria. Supongamos que uno de los corresponsales envía al otro cierta cantidad de mercaderías y éste, después de recibirlas y de otorgar la correspondiente partida de crédito a favor del remitente, cae en quiebra; pues bien, en este caso al remitente, muy a su pesar, no le quedará otro camino que ir con todos los demás acreedores, al prorrato de los bienes del fallido”.<sup>137</sup>

“2º El receptor de la partida debe acreditar al remitente por un valor equivalente. A cambio de las cosas o valores que hace suyos, el receptor debe acreditar al remitente por ese valor y queda obligado a compensar las distintas remesas al cierre de la cuenta, y pagar el saldo. Por tanto, la compensación de las diversas partidas es otro elemento de la esencia del contrato.

3º Unidad e indivisibilidad de la cuenta. Como durante el movimiento de la cuenta ninguna de las partes es deudora o acreedora de la otra, esta indivisibilidad de la situación entre ellos, es otro elemento de la esencia del contrato”.<sup>138</sup>

“El Código de Comercio no emplea precisamente esta expresión, pero se hacen diversas aplicaciones de este principio en los arts. 608, 609 y 610.

---

<sup>136</sup> Varela, Raúl: Ob. Cit., Pág. 67.

<sup>137</sup> Palma Rogers, Gabriel: Ob cit. Pág. 275.

<sup>138</sup> Varela, Raúl: Ob. Cit., Pág. 68.

De este efecto esencial del contrato de cuenta corriente mercantil fluyen diversas consecuencias que están todas ellas indicadas en los artículos que hemos citado:

*Art. 608. Los valores remitidos y recibidos en cuenta corriente no son imputables al pago parcial de los artículos que ésta comprende, ni son exigibles durante el curso de la cuenta.*

Es decir, las remesas no son imputables a determinado artículo, ni los créditos son exigibles, mientras la cuenta está en movimiento y, en consecuencia, los valores que las constituyen son “inembargables”.

*Art. 609. Las sumas o valores afectos a un empleo determinado, o que deban tenerse a la orden del remitente, son extraños a la cuenta corriente, y como tales no son susceptibles de la compensación puramente mercantil que establecen los artículos 602 y 613.*

Precisamente, el señalamiento de un determinado objeto para una remesa es incompatible con la unidad o indivisibilidad de ella y hacen que los valores que la constituyen queden fuera de la cuenta corriente.

El principio de la unidad o indivisibilidad de las cuentas producen efectos en las relaciones de las partes con terceras personas y a estas relaciones se refiere el artículo 610, al decir: “Los embargos o retenciones de valores llevados a la cuenta corriente sólo son eficaces respecto del saldo que resulte del fenecimiento de la cuenta a favor del deudor contra quien fueren dirigidos”.<sup>139</sup>

#### **2.6.7. “Efectos de la naturaleza del contrato.**

Son aquellos que se entienden en la cuenta sin necesidad de mención expresa y que pueden excluirse por estipulaciones de las partes.

El art. 606 dispone: *Es de la naturaleza de la cuenta corriente:*

*1º Que el crédito concedido por remesas en efectos de comercio lleve la condición de que éstos serán pagados a su vencimiento.*

La ley se refiere al caso de que una remesa consista en un efecto de comercio (por ejemplo una letra de cambio que endosa el remitente al receptor y el librado no la paga). Si la remesa hubiere sido pura y simple y de carácter definitivo, resultaría que el receptor perdería el valor de esa letra, pues ya habría reconocido al remitente un valor igual sin haber recibido la suma que ella comprendía. Por eso la ley ha establecido que esa remesa es

---

<sup>139</sup> Palma Rogers, Gabriel: Ob. Cit. Pág. 275.

condicional, de modo que si el documento no es pagado se deja sin efecto la partida por medio de una contra partida.

En cuanto a la razón de esta anulación, para algunos el hecho de no pagarse el documento significa que la partida anotada carece de causa; otros sostienen que se trata simplemente del cumplimiento de una condición resolutoria. Sin embargo, en uno y otro caso se llega a los mismos resultados, por que tanto la nulidad como la resolución producen el efecto de borrar la partida anotada”.<sup>140</sup>

Nos inclinamos por la segunda teoría, pues, siguiendo a Alessandri, si el acto jurídico careciera de causa, adolecería de nulidad absoluta, y ésta debe ser declarada por sentencia judicial, no pudiendo ser ratificada por las partes. Además, no podrían las partes eliminar este efecto de la naturaleza, pues se estarían autorizando a la celebración de un acto que eventualmente adolecería de nulidad, lo que es contrario a las leyes chilenas.

Si adherimos a que la falta de causa acarrea la inexistencia del acto, llegamos a la misma conclusión, las partes no podrían eliminar este elemento de la naturaleza, pues le estarían reconociendo efectos jurídicos a un acto que podría no haber nacido a la vida del derecho.

Junto con ello, la misma ley señala expresamente que se trata de una *condición*. En efecto, si el librado no paga la letra de cambio, estamos frente a un hecho futuro e incierto, del cual depende la extinción de la obligación, consistente en la acreditación de la remesa; esta condición resolutoria opera de pleno derecho, y contablemente se deja sin efecto la remesa haciendo una contrapartida.

*“2° Que todos los valores del débito y crédito produzcan intereses legales o los que las partes hubieren estipulado.*

En la cuenta corriente cada partida de crédito va ganando intereses de pleno derecho —entendemos que Varela se refiere con esta expresión a que en silencio de las partes, la ley establece la consecuencia señalada—. Estos intereses no son de deudas ni de créditos, pues mientras la cuenta no esté cerrada no hay deudas, de manera que no podría hacerse cobranzas judiciales. El fundamento de esto está en que las personas que en ella intervienen se desprenden del dominio y movilizan sus capitales con fines productivos.

---

<sup>140</sup> Varela, Raúl: Ob. Cit., Pág. 68.

3° *Que a más del interés de la cuenta corriente, los contratantes tengan derecho a una comisión sobre el importe de todas las remesas cuya realización reclamare la ejecución de actos de verdadera gestión.*

*La tasa de la comisión será fijada por convenio de las partes o por el uso.*

Con frecuencia las remesas provocan servicios complementarios que deben devengar una comisión. Por ejemplo, una persona puede remitirle a otra una mercadería, diciéndole que el precio se lo abone en cuenta corriente; hay aquí una comisión para vender que es un servicio que debe ser remunerado.

4° *Que el saldo definitivo sea exigible desde el momento de su aceptación, a no ser que se hayan llevado al crédito de la parte que lo hubiere obtenido sumas eventuales que igualen o excedan la del saldo, o que los interesados hayan convenido en pasarlo a nueva cuenta.*

#### **2.6.8. Efectos referentes a la novación:**

Además de los efectos de la naturaleza, señalados en el art. 606, tenemos otro referente a la novación y que está establecido en el artículo 607.

Cuando una parte que es acreedora de otra, lleva su crédito en cuenta corriente, se produce una novación por cambio de causa; la obligación primitiva se extingue y surge otra que resulta de una relación de cuenta corriente.

*Al respecto, el artículo 607 establece que “la admisión en cuenta corriente de valores precedentemente debidos por uno de los contratantes al otro, a cualquier título que sea, produce novación, a menos que el acreedor o deudor, al prestar su consentimiento, haga una formal reserva de derechos.*

*En defecto de una reserva expresa, la admisión de un valor en cuenta corriente se presume hecha pura y simplemente”.*<sup>141</sup>

Según apunta Palma Rogers, la norma se refiere al caso de que los corresponsales se deban sumas con anterioridad a la cuenta corriente y quieran llevarlas a ella; por ejemplo, hay un saldo de precio de una compraventa, y en vez de pagarse fuera de la cuenta, se la lleva a una partida de crédito a favor del acreedor. ¿Qué ocurre? Las partidas no son compensables y la deuda deja de ser deuda, pierde su individualidad, pasando a ser una remesa de la cuenta, o mejor dicho, partida del crédito. Ha habido una novación, la que puede evitarse si las partes hacen declaración expresa de que no se producirá.

---

<sup>141</sup> Varela, Raúl: Ob. Cit., Pág. 69 y 70.

Hay una novedad en este punto, la novación es la substitución de una obligación por otra, aquí hay una obligación que se extingue, pero no hay una nueva obligación. Mas propiamente, en vez de decir que hay novación, debiera decirse que aquí hay una especie de novación”.<sup>142</sup>

Por su parte, el artículo 608 dispone que *“los valores remitidos y recibidos en cuenta corriente no son imputables al pago parcial de los artículos que ésta comprende, ni son exigibles durante el curso de la cuenta.*

Si Juan le remitió 100 a Pedro, y luego éste le remite 50 a Juan, esta última cantidad no se imputa al pago de la remesa de Juan. Siguen las dos columnas en la cuenta, cada una devenga intereses y al cerrarse la cuenta aparecerán los deudores”.<sup>143</sup>

“Las consecuencias del efecto novatorio son:

- 1.- La deuda primitiva queda extinguida.
- 2.- Si la obligación que se ha extinguido proviene de un contrato de compraventa, o de cumplimiento de la obligación, no se podrá exigir el precio al tiempo convenido, y el vendedor perderá la acción resolutoria. Perdiendo la acción resolutoria, pierde la reivindicatoria que procede en los casos de los artículos 1490 y 1491 del Código Civil.
- 3.- Se pierden las cauciones que garantizaban el crédito, puesto que estas se extinguen cuando se extingue la obligación principal, y
- 4.- Las acciones provenientes de la compraventa están sujetas a los plazos ordinarios de prescripción. Si la obligación se extingue se extinguen las acciones, y regirá un plazo de cuatro años que es aquél en que prescribe la acción para cobrar los saldos de la cuenta corriente”.<sup>144</sup>

### **2.6.9. “Causales de terminación de la cuenta corriente mercantil.**

Están señaladas en el art. 611 que dice:

*La cuenta corriente se concluye por el advenimiento de la época fijada por la convención o antes de él por consentimiento de las partes.*

*Se concluye también por la muerte natural o civil, la interdicción, la demencia, la quiebra o cualquier otro suceso legal que prive a alguno de los contratantes de la libre*

---

<sup>142</sup> Palma Rogers, Gabriel: Ob. Cit. Pág. 277.

<sup>143</sup> Varela, Raúl: Ob cit. Pág. 71.

<sup>144</sup> Palma Rogers, Gabriel: Ob. Cit., Pág. 277.

*disposición de sus bienes.* Se comprende fácilmente la última causa porque el afectado no podrá libremente disponer de las cosas dadas en propiedad.

#### **2.6.10 La conclusión de la cuenta puede ser definitiva o parcial.**

*La conclusión de la cuenta corriente es definitiva cuando no debe ser seguida por ninguna operación de negocios, y parcial en el caso inverso* (art. 612). En la práctica, las partes convienen que cada cierto tiempo, se cerrará la cuenta, se establecerá el deudor y el acreedor, y el saldo pasará a formar la primera partida de la cuenta que sigue.

De acuerdo al art. 614 *el saldo definitivo o parcial será considerado como un capital productivo de intereses.*

Cuando la conclusión es definitiva, al producirse el suceso que le pone término automáticamente se produce la compensación de las partidas (art. 613).

El saldo deudor puede ser garantizado con prendas, hipotecas y fianzas, que se pueden constituir antes que el saldo esté determinado. El art. 615 reconoce esta última posibilidad al decir que *el saldo puede ser garantido con hipotecas constituidas en el acto de celebración del contrato.*

Se reconoce derecho al acreedor para girar una letra de cambio contra el deudor, en caso que este retarde el pago. Ello se desprende del art. 616. Lo dicho no excluye el que el acreedor entable las acciones judiciales competentes para el pago del saldo (acción ejecutiva u ordinaria).

#### **2.6.11 Plazo de prescripción.**

*art. 619. La acción para solicitar el arreglo de la cuenta corriente, el pago del saldo judicial o extrajudicialmente reconocido, o la rectificación de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas, prescribe en el término de cuatro años.*

*En igual tiempo prescriben los intereses del saldo, siendo pagaderos por año o en períodos más cortos.*<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> Varela, Raúl. Ob. Cit., Pág. 71 y 72.

#### **2.6.12. La cuenta corriente mercantil y la operación de distribución supermercadista.**

Concluimos que la operación de distribución en estudio no requiere de la celebración de un contrato de cuenta corriente mercantil, por las siguientes razones:

1. La operación de distribución supermercadista puede perfectamente desarrollarse y producir todos sus efectos y fines perseguidos, sin necesidad de este contrato.
2. El proveedor vende sus productos al supermercado, y la obligación de pagar el precio queda sujeta a un plazo suspensivo determinado, expresamente señalado por las partes.
3. La obligación del supermercado no se extingue por emitir una nota de crédito a favor del proveedor. Esta subsiste y mantiene su causa. La nota de crédito sencillamente prueba la existencia de la obligación.
4. Los cobros que el Supermercado debita al proveedor no son remesas, son prestaciones de servicios determinados que el proveedor se obliga a pagar en el mismo acto en que cobra su propio crédito.
5. El que las partes convengan que al momento de pagar las mercaderías se descontará el valor de los servicios prestados por el supermercado al proveedor, no es sino un acuerdo expreso de compensar en ese acto. No necesariamente consiste en el cierre de una cuenta corriente.
6. Pensamos, además, que la celebración de este contrato podría eventualmente perjudicar la situación del proveedor. Por la venta hecha al supermercado, el proveedor emite una factura. Este documento, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley 19.983, tiene mérito ejecutivo. Si existiese un contrato de cuenta corriente mercantil, bastaría que el supermercado anotase la remesa a favor del vendedor, para que la primitiva obligación quedase extinguida, y el proveedor no podría cobrar ejecutivamente el precio adeudado.

Sin perjuicio de ello, nada impide que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes convengan en una cuenta corriente mercantil. En este caso el acuerdo quedaría sometido a las reglas que hemos detallado al analizar el contrato.

#### **2.6.13. La cuenta corriente mercantil y los TCGA.**

La facturación y pago de los servicios prestados por D&S a sus proveedores se somete a las siguientes reglas señaladas en los TCGA:

*“11.1. Todos los servicios prestados y los cobros efectuados por una Filial D&S serán facturados por ésta al respectivo Proveedor, indicando separadamente en la factura o*

*solicitud de nota de crédito, según corresponda, el detalle del concepto a cobrar en cada caso”.*

Tal como el proveedor factura por la venta de las mercaderías al supermercado, éste factura al proveedor por los servicios prestados, o le solicita la emisión de una nota de crédito. No aparece la obligación de anotar las remesas, de manera que los créditos no se han desvinculado de la causa que los originó.

*“11.2. El pago de los servicios prestados y los cobros efectuados por una Filial D&S se realizará mediante el correspondiente descuento o cargo aplicado en la cuenta corriente mercantil mantenida con el respectivo Proveedor”.*

El proveedor no desembolsa una suma de dinero para pagar por los servicios prestados por el supermercado, sencillamente acuerdan compensar el crédito, de manera que al monto adeudado por el supermercado por la compra de mercaderías, se le resta el monto del crédito que éste tiene contra el proveedor. Tiene la ventaja de que en un solo acto las partes dejan en claro cuál es el saldo líquido a pagar al proveedor.

Es muy posible que los créditos que el supermercado tiene contra el proveedor no consten en un título ejecutivo, como ocurre con los cobros por rappel manual. Por lo que este mecanismo le sirve al supermercado para compensar su crédito contra un título que sí tiene mérito ejecutivo, pagándose ambos al mismo tiempo. Y ello se logra en la medida que el proveedor acepta ese descuento, manifestándose conforme con el cargo aplicado a su cuenta.

Entendemos que la cuenta corriente a que hace referencia la cláusula, no es la que regula el Código de Comercio en los arts. 602 y siguientes, toda vez que no se reúnen los requisitos de indivisibilidad de cuenta, ni el ánimo de desvincular los créditos de las causas que los originan, y conforme al art. 603, si falta cualquiera de los requisitos allí señalados, no tendrá lugar la cuenta corriente mercantil.

Se trata, a nuestro entender, de una cuenta de gestión, y que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes acuerdan que la compensación a que hemos estado haciendo referencia se plasmará en ella, y con el mérito de lo consignado se establecerá el monto líquido a pagar al proveedor.

*11.3. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, los Proveedores podrán siempre optar a que los cobros que se les efectúen por los conceptos mencionados en la cláusula*

9.2.(Back Haul, distribución centralizada, rappel, devoluciones, mermas, obsolescencias y Reposición) *sean incluidos en las facturas que ellos emitan por la venta de sus Productos, en cuyo caso tales cobros se aplicarán en calidad de descuentos sobre el precio final a pagar por la respectiva venta y, por lo mismo, serán exigibles conjuntamente con el pago de las facturas respectivas.*”

Al optar por esta alternativa, la compensación se registrará materialmente en forma de descuento en la factura que emita el proveedor por la venta de mercaderías. Con ello, en el mismo acto en que se emite la factura y se registra el descuento, se extingue el crédito del supermercado contra el proveedor, ya que ha tenido lugar el pago por compensación.

Para reafirmar que de la suscripción de los TCGA no nace un contrato de cuenta corriente mercantil, podemos mencionar, además, que los apartados 5.4 y 5.5, hacen expresa mención al plazo que tiene el supermercado para “pagar las facturas”. Si el importe correspondiente fuese llevado efectivamente a la cuenta corriente mercantil regulada por el Código de Comercio, bastaría acreditar la remesa para extinguir la obligación, y por lo tanto surgiría la obligación de pagar el saldo de la cuenta una vez que ésta se cierre, y no la de pagar “las facturas”.

Tratándose entonces de una mera cuenta de gestión, las facturas no pierden su mérito ejecutivo, el no pago del precio en el momento acordado hace aplicable la condición resolutoria tácita y los respectivos créditos son susceptibles de embargo.

### **3. FIGURAS AFINES AJENAS A LA OPERACIÓN DE DISTRIBUCIÓN SUPERMERCADISTA.**

La terminología empleada en la doctrina nacional e internacional, como en el derecho comparado, no siempre es uniforme. El distinto sentido y alcance que tiene un mismo término jurídico dependiendo del lugar y del contexto en que se emplee, puede llevarnos a confundir la naturaleza jurídica del acto de que se trate, y el marco legal aplicable al caso particular.

Dicho lo anterior, y dada la similitud que presentan las figuras contractuales que se verán, surge la interrogante en orden a establecer si en la Operación de Distribución

Supermercadista en Chile concurre el o los contratos de suministro, aprovisionamiento y Comisión.

### **3.1. CONTRATO DE SUMINISTRO Y APROVISIONAMIENTO.**

La inquietud surge a propósito de la terminología empleada por las grandes cadenas de supermercados a la hora de definir las relaciones comerciales y contractuales con sus proveedores.

En efecto, D&S denominó al documento publicado en Mayo de este año “Términos y Condiciones Generales de **Aprovisionamiento** de Mercaderías”. En este texto, además, se define aprovisionamiento como *“la acción y efecto de la entrega, aprovisionamiento o suministro de productos en forma eventual, ocasional, esporádica o periódica por parte de un proveedor”*.

Por su parte, el ACEJ, en su punto Primero relativo al listado de productos, expresamente señala *“Suministraremos y proveeremos a Jumbo S.A./ SANTA ISABEL S.A./ EASY S.A. los productos que detallamos en el anexo”*.

En vista de lo anterior, nos preguntamos si existe o no una identidad entre los contratos de suministro y de aprovisionamiento, y también, si concurren o no estos contratos a la operación en comento.

A la luz de las explicaciones que siguen, se traten o no de una misma figura jurídica, pensamos que no concurren a la operación de distribución supermercadista.

Para dilucidar lo anterior analizaremos este contrato.

#### **3.1.1. Contrato de Suministro.**

En Chile no existe un tratamiento general para este contrato, sin perjuicio de encontrarse reglamentado a propósito de servicios domiciliarios, tales como: agua potable, energía eléctrica y telefonía. También hay una especial mención al suministro en la ley 19.886 relativa a los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

En materia comercial, sólo se menciona a las empresas de suministro como acto de comercio, conforme lo establecido por el artículo 3 número 7 del Código de Comercio.<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup> Fell Padilla, Victoria Elizabeth: “*Contrato de Suministro*”. Pág. 8.

A nivel de derecho comparado, el Código Civil italiano de 1942 define suministro en su artículo 1559 como “el contrato por el cual una parte se obliga mediante compensación de un precio a ejecutar a favor de la otra prestaciones periódicas o continuadas de cosas”.

La legislación peruana distingue entre suministro de bienes y de servicios. Define suministro de bienes en el artículo 1604 del Código Civil como “el contrato por el cual el suministrante se obliga a ejecutar a favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes”. En lo que se refiere al suministro de servicios, este se encuentra regulado, más no definido, por la ley 24.514 y por su reglamento, contenido en el Decreto Supremo número 003-88TR.

El Código de Comercio colombiano define suministro en su artículo 968 como “el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

El artículo 919 del Código de Comercio boliviano establece que “por el contrato de suministro una de las partes se obliga a favor de la otra a entregar mercaderías o prestar servicios periódica o continuamente a cambio de un precio estipulado”.

Por su parte, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de Argentina contempla al suministro como “el contrato por el cual una parte se obliga a entregar cosas a la otra en forma periódica o continuada y ésta a pagar un precio por ellas”.

En el ámbito doctrinal es definido como un contrato por el cual una de las partes (suministrante) asume frente a la otra (suministrado) la obligación de cumplir prestaciones periódicas y continuadas durante un término (determinado o indeterminado) en la medida que lo solicite y por un precio fijado o a fijarse.<sup>147</sup>

Ricardo Sandoval nos dice que el contrato de suministro es aquel que tiene por objeto prestar servicios mediante una remuneración determinada.<sup>148</sup>

### **3.1.2. Elementos del Contrato de Suministro:**

- a) Partes: quienes intervienen en este contrato son:

---

<sup>147</sup> Farina, Juan: Op. Cit. Pág. 496.

<sup>148</sup> Sandoval, Ricardo: “Curso de Derecho Comercial, tomo I”. Pág. 113.

Suministrante: la persona natural o jurídica que se obliga a ejecutar a favor de otro un determinado servicio o a entregar las cosas, de forma continuada o periódica. Conforme a nuestra legislación, si la acción de suministrar es realizada por una empresa, será considerada acto de comercio y se regirá por la legislación mercantil, de lo contrario le serán aplicables las reglas que correspondan de acuerdo a la normativa civil.

Suministrado: la persona natural o jurídica que debe recibir la entrega del suministro o que se beneficia con el servicio prestado por la contraparte y, que se haya obligado al pago del precio convenido.<sup>149</sup>

**b) Objeto:**

En este punto la doctrina se manifiesta dividida, pues para algunos el suministro sólo puede recaer sobre cosas. Así lo estima Francisco Vicent Chuliá, Fernando Sánchez Calero, Doménico Barbero y, dentro de nuestro derecho, Alvaro Puelma, quien define suministro como un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a efectuar prestaciones periódicas o continuadas de cosas materiales a favor de otra persona, para su consumo o a título traslativo por una retribución.<sup>150</sup>

Otros, como Ricardo Sandoval, señalan que este contrato sólo puede tener como objeto la prestación de servicios, y que, en general, interesan a toda la colectividad y estando ordinariamente organizados como servicios públicos o, por lo menos, bajo el control del Estado.<sup>151</sup>

También es posible encontrar posiciones eclécticas, autores que afirman que las prestaciones que otorga el suministro pueden recaer sobre cosas y/o servicios. En tal sentido tenemos la opinión del autor argentino Marcos Satanowski, quien define el contrato de suministro basándose en el concepto de empresa de suministro, indicando que es aquella que se compromete a un suministro periódico determinado, por un precio determinado, de cosas o servicios que constituyen el objeto de su actividad económica y que su clientela necesita.

---

<sup>149</sup> Fell Padilla, Victoria Elizabeth: Ob. Cit. Pág. 16.

<sup>150</sup> Puelma Accorsi, Alvaro. “*Contratación Comercial Moderna*”.Pág. 93.

<sup>151</sup> Sandoval, Ricardo: “*Derecho Comercial, Tomo I*”. Pág. 63.

En esta postura también encontramos al autor italiano Scialoja, para quien el suministro es la “prestación a precio previamente convenido y en épocas periódicas o con continuidad de cosas o servicios”.<sup>152</sup>

En nuestro ordenamiento, como lo habíamos advertido, no existe normativa que de manera general y sistemática se refiera a este contrato. Lo que tenemos es una regulación dispersa en diversos cuerpos legales, los que tienen un denominador común, todos ellos conciben el suministro a raíz de una prestación de servicios domiciliarios: agua potable y alcantarillado, telefonía y electricidad.

Fuera de estos casos, podríamos citar a la ley 19.469 sobre Protección de los Derechos del Consumidor como un intento de regular, de modo genérico, al suministro. Ello porque en su artículo 25 sanciona a quien suspendiere, paralizare o no prestare, sin justificación, un servicio previamente contratado y por el cual se hubiere pagado derecho de conexión, de instalación, de incorporación o de mantención, con multa de hasta 150 unidades tributarias mensuales. Y cuando el servicio contratado consistiere en el otorgamiento de agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica, teléfono o recolección de basura o elementos tóxicos, los responsables serán sancionados con multa de hasta 300 unidades tributarias mensuales.

Reuniendo todos los antecedentes ya mencionados, podemos concluir que si bien es cierto, la doctrina está dubitativa frente al objeto del suministro, nuestra escasa legislación sobre el particular se inclina a concebirlo como un contrato cuyo objeto es, precisamente, la prestación de servicios.

### **3.1.3. Características del Contrato de Suministro:**

- a) Es un contrato atípico: al no tener una regulación legislativa de carácter general, sin perjuicio de las normas particulares que resulten aplicables.
- b) Consensual: para nacer a la vida del derecho, basta el consentimiento de las partes.
- c) Bilateral: toda vez que las partes se obligan recíprocamente. Dentro de este punto, cabe hacer presente la opinión de Alvaro Puelma, quien califica al suministro como un contrato unilateral, ya que al momento de su celebración éste sólo acarrea obligaciones para el suministrante, las que se hacen efectivas al momento de requerirse el consumo

---

<sup>152</sup> Fell Padilla, Victoria Elizabeth: Ob. Cit. Pág.13.

por el suministrado y sólo una vez que el contrato se ejecuta pasa a transformarse en bilateral.<sup>153</sup>

Frente a la opinión de Alvaro Puelma, tenemos la de Jorge López Santa María, quien afirma que es al momento de su nacimiento o formación cuando un contrato pasa a revestir el carácter de unilateral o bilateral, sin que éste sufra modificación si en la práctica surgen nuevas obligaciones no contempladas en su celebración.<sup>154</sup>

d) Oneroso Conmutativo: Es oneroso ya que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Es además conmutativo, lo que implica que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes.

Cabe señalar que hay quienes ven al suministro como un contrato aleatorio, ya que importaría la asunción de un riesgo dependiente de la eventualidad de que en el curso de la ejecución los precios varíen y de allí la posibilidad de un alea.

e) De tracto Sucesivo: esto implica que las obligaciones de las partes, o de una de ellas al menos, consisten en prestaciones periódicas.

f) Principal: subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.

g) De empresa: este contrato encontraría su razón de ser en la satisfacción rápida, segura y económica de las necesidades de la parte suministrada, para quien sería antieconómico e incluso riesgoso intentar satisfacerlas mediante contratación individual en cada momento en que tales necesidades se hicieran presente. Desde este punto de vista, para algunos autores, únicamente las empresas estarían capacitadas para atender esta disponibilidad mediante una organización especial, lo que les permite cumplir las prestaciones en el momento preciso.<sup>155</sup>

h) Las cosas materia de la prestación deben estar precisadas en especie o género. Sin embargo, no deben estar determinadas en cantidad, sin perjuicio de poderse estipular una cantidad máxima y/o una mínima, sin que el negocio degenere en compraventa.<sup>156</sup>

#### **3.1.4. Suministro y Aprovisionamiento.**

Tanto en los TCGA como en el ACEJ se alude, al suministro y a aprovisionamiento de forma indistinta, como si fuesen términos sinónimos. ¿Lo son?

---

<sup>153</sup> Puelma Accorsi, Álvaro: Ob. Cit. Pág. 95.

<sup>154</sup> Fell Padilla, Victoria Elizabeth: Ob. Cit. Pág. 23 y 24.

<sup>155</sup> Fell Padilla, Victoria Elizabeth: Ob. Cit. Pág. 31.

<sup>156</sup> Puelma Accorsi, Álvaro: Ob. Cit. Pág. 93.

Responder a lo anterior no es tarea fácil, pues no existe un criterio legal ni doctrinal a seguir.

Desde un punto de vista legislativo, el artículo 3 número 7 del Código de Comercio nos dice que “son actos de comercio, ya sea de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: las empresas de depósito de mercaderías, *provisiones o suministros*, las agencias de negocios y los martillos”. Fuera de esta referencia, en la que no queda claro si provisión y suministro son sinónimos, no hay una reglamentación orgánica.

Acudir a otros cuerpos legales tampoco es de gran ayuda, ya que, lamentablemente, el legislador nacional no ha empleado una terminología precisa en esta materia. En efecto, el Decreto Supremo número 502 de 1978 sobre la ley general de cooperativas en su artículo 92 y 98 se refiere al “*abastecimiento* de energía eléctrica”, mientras que en su artículo 6° utiliza la expresión “suministro” para referirse al objeto de las cooperativas de ahorro. Situación similar se presenta con algunos oficios (números 7755 y 20.022) del Servicio de Impuestos Internos, los que hablan de “*suministro* de energía eléctrica” y de “*empresas distribuidoras* de energía eléctrica”.<sup>157</sup>

Por su parte, desde un punto de vista doctrinal, hay autores que entienden ambas instituciones como sinónimas. Es el caso de Julio Olavarría, quien da una definición única, comprensiva tanto del aprovisionamiento como del suministro, y lo hace a partir del sujeto empresa, diciendo que “puede, pues, definirse la empresa de este carácter como la constituida para facilitar periódica o continuamente al mercado, en dominio o en uso y goce, la utilización de bienes, servicios, gestiones o informaciones mediante un precio fijado de antemano y que permanecerá invariable durante cierto tiempo”.<sup>158</sup>

Así opina también Álvaro Puelma, quien habla de contrato de suministro “o” aprovisionamiento, indistintamente en su libro *Contratación Comercial Moderna*.<sup>159</sup>

Pero también hay autores, como Ricardo Sandoval, para quien son contratos distintos, entendiendo por *aprovisionamiento* “aquel que tiene por objeto proveer de cosas muebles a una persona natural o jurídica durante un tiempo determinado, para la satisfacción de una necesidad, mediante un precio fijado de antemano y que habrá de regir

---

<sup>157</sup> Ver Cortés Recabarren, José Luis: “*El Aprovisionamiento y el Suministro Mercantiles*”. Pág. 24.

<sup>158</sup> Olavaria A., Julio. “*Manual de Derecho Comercial*” Pág. 112. En este mismo sentido, Barbero, Doménico. “*Sistema del Derecho Privado*”. Vol. IV. Pág. 81.

<sup>159</sup> Puelma Accorsi, Álvaro: *Ob. Cit.*. Pág. 87.

durante todo el tiempo del contrato”. Mientras que el *suministro* lo define como “aquel que tiene por objeto prestar servicios mediante una remuneración determinada”.<sup>160</sup>

Sostener que se trata de figuras jurídicas diversas, implica asumir la problemática de determinar las diferencias existentes entre el aprovisionamiento y el suministro. Sobre este punto, la mayoría de los autores sostienen que el elemento diferenciador se halla en la naturaleza de lo que se provee. Así, cuando lo que se provee son bienes corporales muebles el contrato es de aprovisionamiento; y cuando se prestan servicios, sería de suministro. Para otros, en cambio, el elemento diferenciador lo encontramos en la calificación del contrato. Así, si es de ejecución o solución única sería de aprovisionamiento y si es de duración, sería de suministro.<sup>161</sup>

Independientemente de la línea doctrinaria a la cual adhiramos, hay que tener presente que ni el suministro ni el aprovisionamiento imponen la obligación de comercializar el producto que se adquiere y ello es determinante para marcar la diferencia entre nuestra operación de distribución supermercadista y el suministro y/o aprovisionamiento. Por esta razón, no podemos pretender englobar toda esta operación dentro de un suministro o un aprovisionamiento

Además, entendemos, por sobre los debates doctrinarios, que la característica principal del suministro y/o aprovisionamiento, determinante para su celebración, es la continuidad o periodicidad en el cumplimiento de las obligaciones de la empresa que suministra o provee, con prescindencia, como dijimos, de lo que el suministrado o aprovisionado haga con los bienes o servicios recibidos. En cambio en la operación de distribución el acento se encuentra precisamente en la colocación de productos en el mercado, a disposición del consumidor final, mediante la intervención de un tercero, cuando al productor o importador le es muy costoso y de alto riesgo hacerlo por sí mismo, siendo el elemento determinante, entonces, la negociación que el distribuidor haga con los bienes recibidos.

Así, no es lo mismo que Jumbo S.A celebre un contrato con Chilquinta, para que éste le suministre energía eléctrica en términos convenientes, y una operación por el cual Nestlé vende a Jumbo S.A. una determinada cantidad de cajas de leche, para que este las ponga a disposición de los consumidores finales en sus góndolas.

---

<sup>160</sup> Sandoval, Ricardo. Ob. Cit. Pág. 541.

<sup>161</sup> Ver Messineo, Francesco. “*Derecho Civil y Comercial*”. Pág. 155.

Por último, siguiendo a Puelma, es de la esencia del contrato de suministro que las cosas materia de la prestación estén precisadas en especie o género, y no en cantidad, pues, en caso de determinarse ésta con precisión, estaríamos forzosamente ante una compraventa por aplicación de los artículos 1793 y 1801 del Código Civil. Por tanto, al menos para este autor, si existe compraventa, no hay suministro, son incompatibles; a diferencia de lo que ocurre en la distribución, en que la compraventa es uno de los contratos que ha de celebrarse en cumplimiento del mismo.<sup>162</sup>

### 3.2. COMISIÓN.

Surge la interrogante acerca de si este contrato integra la operación de distribución supermercadista debido a la calificación que la autoridad económica ha hecho respecto del *rappel*, señalando que se trataría de una especie de *comisión*, del orden del 4% y más del precio de venta al público por cada producto de un determinado proveedor que pasa por caja y que justifica la puesta en marcha a disposición para los proveedores de su infraestructura de venta al público.

¿Realmente la autoridad económica se está refiriendo al contrato de comisión?

Pensamos que no, ya que debemos hacer la distinción entre comisión como contrato mercantil y como contraprestación económica.

Cuando la autoridad económica habla de *rappel* como una especie de comisión, se refiere a la contraprestación económica, al beneficio pecuniario que reporta debido a los gastos de infraestructura en que incurre, y no al contrato en los términos que lo define el artículo 235 del Código de Comercio.

En efecto, conforme a los artículos 233 y 235 del referido cuerpo legal, la comisión es un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de una o más operaciones mercantiles lícitas individualmente determinadas a otra que se obliga a administrarlas gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño.

Dentro de la doctrina nacional, Álvaro Puelma nos dice que la comisión es “*una especie de mandato, regido supletoriamente por las reglas civiles de tal tipo de contrato. Es propio de la comisión, como un tipo de mandato, que su objeto deba versar sobre el*

---

<sup>162</sup> Puelma Accorsi, Álvaro. Ob. cit., Pág. 92.

*encargo de una gestión de negocios y que esta gestión deba realizarla el mandatario por cuenta y riesgo del mandatario y en su beneficio”*.<sup>163</sup>

De acuerdo a la definición de comisión dada por el Código de Comercio, para que exista comisión mercantil deben reunirse los siguientes requisitos:

- 1) Que se trate de una o más operaciones mercantiles, y
- 2) Que dichas operaciones estén individualmente determinadas.<sup>164</sup>

En derecho comparado suelen exigirse diversos requisitos para que el mandato comercial pueda ser calificado de comisión, así por ejemplo, se exige que el comisionista actúe a nombre propio y además que sea comerciante. Nuestro código no exige estos requisitos y para que el mandato sea calificado de comisión es necesario que verse sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas.

Teniendo presente todos estos antecedentes, podemos concluir que no hay comisión mercantil, pues no existe entre las partes un mandato comercial, que es la figura base de este contrato. Ninguno de los sujetos involucrados en esta relación asume respecto del otro la calidad de mandante, no actúa uno por cuenta ni menos en representación del otro, y tampoco hay negocios mercantiles que se encomienden.

Incluso, obviando la circunstancia de la ausencia de mandato mercantil, la comisión implica la ejecución de una o más operaciones mercantiles determinadas, cuestión que tampoco se vislumbra en este caso, pues, como se señaló, se trata de un cobro que el supermercado efectúa al proveedor y que justifica la inversión en la infraestructura del local de venta. No hay, en consecuencia, la realización de alguna operación que reúna los requisitos exigidos por nuestra legislación para que estemos en presencia de una comisión mercantil.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Puelma Accorsi, Álvaro: Ob cit. Pág. 46.

<sup>164</sup> Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 524.

<sup>165</sup> Ver Sandoval López, Ricardo: Ob. Cit. Pág. 525.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **MARCAS PROPIAS. ASPECTOS JURIDICOS.**

Las marcas propias, implementadas por las grandes cadenas de supermercados, han influido significativamente en la relación comercial y contractual que éstos actualmente desarrollan con los proveedores nacionales. Se trata de un elemento, que en conjunto con otros, les ha permitido independizarse de la industria proveedora y relacionarse en forma directa con el consumidor.

Atendido lo anterior resulta necesario, a nuestro juicio, estudiar con detención este fenómeno, que partió tímidamente como una reacción de pequeños proveedores para hacer frente al desabastecimiento y terminó convirtiéndose, como veremos, en la principal estrategia de los más importantes supermercados, tanto a nivel nacional como internacional, para aumentar sus márgenes de ganancia, desvincularse de los proveedores y, en definitiva, mejorar su posición al momento de contratar con los fabricantes.

#### **I GENERALIDADES EN RELACIÓN A LAS MARCAS.**

Desde siempre han existido las marcas, antiguamente sólo se trataba de signos rudimentarios inscritos sobre los productos para identificar su origen.<sup>166</sup>

La Real Academia Española de la Lengua define marca como *“distintivo o señal que el fabricante pone a los productos de su industria y cuyo uso le pertenece exclusivamente”*.

Desde el punto de vista jurídico, la legislación Chilena nos dice que marca comercial es *“todo signo que sea susceptible de representación gráfica capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales. Tales signos podrán consistir en palabras, incluidos los nombres de personas; letras, números, elementos figurativos tales como imágenes, gráficos, símbolos, combinaciones de colores, sonidos, así como también, cualquier combinación de estos signos. La naturaleza del*

---

<sup>166</sup> Ver Triviño Salamanca, Carlos Alex: *“Análisis del Impacto de las Marcas Privadas en la Industria de los Supermercados. El caso chileno”*. Pág. 8.

*producto o servicio al que la marca ha de aplicarse no es en ningún caso obstáculo para el registro de la marca”.*<sup>167</sup>

De acuerdo a The American Marketing Association, “*Una marca es un nombre, término, signo, símbolo, diseño o una combinación de ellos, que intenta identificar los bienes o servicios de un vendedor o grupo de vendedores y diferenciarlos de sus competidores*”.<sup>168</sup>

## **II. CLASIFICACIÓN.**

Las marcas pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios. Siguiendo a Triviño clasificaremos las marcas según su desarrollo, naturaleza, cobertura geográfica, propiedad y poder.

1. Según el **desarrollo** de la marca, podemos subdistinguir entre Productos sin marca o de Marca genérica, y Productos con marca.

a) Producto sin marca o Marca Genérica: Es aquel que sólo hace mención al contenido o producto básico sin referirse al nombre del fabricante o intermediario. Es el caso de aquel producto que en su envase sólo dice “azúcar”, porque ese es precisamente su contenido. Lo característico de estas marcas es su costo, muy inferior en relación a otros productos de su categoría. Son adquiridos por aquellos consumidores que están dispuestos a sacrificar calidad por precio. Estos productos no son publicitados y su ubicación en las estanterías de exhibición es secundario, generalmente a nivel de piso.

b) *Producto con marca*: Aquel que posee una palabra, frase, símbolo, diseño o combinación de ellos, destinados a identificar su origen y calidad.<sup>169</sup>

2. Según la **naturaleza** del producto distinguimos entre Marca por Producto, Marca Paraguas, Marca por línea de productos, y Marca doble.

a) Marca por producto: Se trata de aquellos que llevan una marca independiente, siendo difícil asociar el producto con su fabricante.

---

<sup>167</sup> Artículo 19, título II, del DFL. N° 3, de junio de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial, Ley N° 19.039.

<sup>168</sup> American Marketing Association. <<http://www.marketingpower.com/mg-dictionary-view329.php>>. Traducción libre.

<sup>169</sup> Ver Triviño Salamanca, Carlos Alex. Ob. Cit. Pág. 17.

A cada producto que se elabora, el fabricante le asigna una marca distinta, de tal manera que si éste llegara a fallar o fuere cuestionado por su calidad, la imagen de la empresa no se vería perjudicada pues, la marca a éste asignada no se relaciona de manera alguna con la del fabricante. Es el caso de *Procter & Gamble*, firma que lanzó en Estados Unidos su primer jabón bajo la marca “Ivory”, la que continúa comercializándose. Cada vez que esta firma lanza una nueva categoría de productos crea una nueva marca. En nuestro país, son marcas de *Procter & Gamble*: “Pampers”, “Pantene”, “Dove”, “Ariel”, “Always”, “Head & Shoulders” y “Old Spice”, entre otras.

b) Marca Paraguas: Consiste en el lanzamiento de nuevas categorías de productos bajo una única denominación con el objetivo de aprovechar el prestigio de su marca. Es el caso de “Peugeot”, que comercializa bajo su nombre no sólo automóviles sino también motocicletas y bicicletas. Otro ejemplo de este caso lo constituye la marca “Elite”, utilizada no sólo para el papel higiénico, sino que también para servilletas, pañuelos desechables y toallas de papel.

c) Marcas Por Línea de Producto: Este tipo de marca se utiliza cuando se busca la clara diferenciación de los productos de la empresa.

Las ventajas derivadas del uso de “marcas paraguas” tienden a desaparecer cuando una compañía fabrica productos no relacionados entre sí y de usarse una única marca se podrían generar connotaciones negativas. Imaginemos la reacción que tendríamos si nuestra marca preferida de pasta de dientes fuera la misma que la empresa utiliza en su línea de aseo para mascotas. Para afrontar esta situación las empresas optan por usar marcas por líneas de productos.

d) Marca Doble: Aquí nos encontramos con una marca madre, que generalmente corresponde a una marca paraguas o institucional y una “marca hija”, como ocurre por ejemplo con NESTLÉ (marca madre) y NESCAFÉ (marca hija), que combina el nombre de la compañía con la del producto.<sup>170</sup>

3. Según la **Cobertura Geográfica**, la marca podrá ser Global o Local.

a) Marca Global: Es aquella comercializada de igual forma en todo el mundo, con el mismo posicionamiento, iguales productos y forma de distribución. Es el caso de “Coca Cola” o “Mc Donal’s”.

---

<sup>170</sup> Ver Triviño Salamanca, Carlos Alex. Ob. Cit. Pág. 18.

b) Marca Local: A consecuencia de la especificidad de los mercados se hace necesario contar con una marca que los represente. Por tal motivo, ciertos productos adoptan una estrategia local para el posicionamiento de sus marcas, como Procter & Gamble, que recibe el nombre de Toxepan en Italia y Biactol en Francia.<sup>171</sup>

4. Según la **propiedad**, la marca podrá ser del Fabricante o Nacional, o bien Privada o del Detallista.

a) Marca del Fabricante: Esta marca es de propiedad del fabricante que puede o no corresponder al nombre de la compañía. Este tipo de marcas está dirigido a consumidores que prefieren no correr riesgos, leales, que buscan un status a través de ella. Por lo general, estas marcas no sólo son reconocidas sino que además corresponden a productos de alta calidad.

b) Marca del Minorista o Marca Privada: La propiedad de estas marcas recae en manos del distribuidor. Con ellas se pretende apelar a la sensibilidad de los consumidores ante los precios. En cuanto a la calidad, esta puede variar dependiendo de las categorías de productos pero, en general, se las relaciona con productos de calidad inferior a los tradicionales. Uno de los aspectos más característicos de estas marcas es el hecho que su distribución se limita a los puntos de venta del minorista.<sup>172</sup>

5. Atendido el **poder** de la marca, podemos clasificarlas en Dominantes, Relativas o Permeables.

a) Marcas Dominantes: Se trata de marcas líderes en su género. Los productos de marca dominante no requieren, por lo general, de numerosas acciones de merchandising, puesto que son productos buscados y exigidos por el consumidor, respondiendo al tipo de compra planificada.

En este caso, es complicado para el supermercado ejercer relaciones de fuerza con el proveedor, toda vez que corren el riesgo de perder clientes habituales, quienes ante la ausencia del producto no dudarán en concurrir a otro establecimiento para obtenerlo.

b) Marcas Relativas: En la familia de las marcas relativas encontramos productos muy reconocidos, al igual que los de marca dominante. La diferencia está en que

---

<sup>171</sup> Nallar Kauak, Gabriela y Stefanelli Dachena, Claudio Andrés: "Las Marcas Propias en Chile: Estado Actual de su Uso y Proyecciones Futuras: Un Análisis Sectorial". Pág. 14.

<sup>172</sup> Ver Triviño Salamanca, Carlos Alex. Ob. Cit. Pág. 19.

al momento de materializar la compra, los temores que podría sentir el consumidor de probar otra marca, son menores que en el caso de las dominantes.

En otras palabras, se trata de marcas con altos índices de venta pero de fácil sustitución, caso típico de electrodomésticos, yogures y leches, donde existen varias marcas de renombre y tradición, lo que facilita al consumidor el reemplazo de las mismas.

c) *Marcas Permeables*: En este caso, la marca es absolutamente sustituible, no representando para el consumidor ningún problema el variar la elección de la misma. Lo anterior, no obstante que la marca pertenezca a una familia de gran importancia y buena imagen. Lo que detona su permeabilidad es la falta de fidelidad del consumidor.

Clásico ejemplo de lo anterior es el caso de la bencina. Si la bomba de bencina cuenta con el octanaje que nos sirve, prácticamente nadie se cuestiona si comprar el combustible en una Copec, Shell o Esso.<sup>173</sup>

### **III. MARCA PROPIA, DEL DISTRIBUIDOR O MARCA BLANCA.**

#### **1. CONCEPTO.**

Se denomina marca del distribuidor o marca blanca, aquella que una empresa utiliza para comercializar productos de consumo, en concurrencia con las marcas líderes que también se comercializan en los mismos establecimientos.

Los fabricantes de los productos de marca blanca suelen ser fabricantes independientes e incluso, en algunos mercados, los mismos fabricantes de marcas líderes también empaquetan productos con marca blanca para sus clientes.

Estos productos poseen las mismas o similares características que las marcas líderes, pero suelen ser entre un 10% y un 20% más económicos.<sup>174</sup>

#### **2. ORIGEN.**

Podríamos pensar que el tema de las marcas propias es una tendencia actual, lo cual no es efectivo. Este tipo de marcas viene desarrollándose desde hace más de cien años,

---

<sup>173</sup> Ver “*Revista de la Distribución Comercial*”. Pág. 18.

<sup>174</sup> Ver Olivera Ortiz, Juan Esteban. “*Marcas Propias y B-Brands. Fenómeno Puntual o Permanente*”. Pág. 9.

cuando la tienda de comestibles y abarrotes “*Sainsbury*” de Gran Bretaña comenzó a fabricar en 1869 sus propios productos.

Sin embargo, fue a raíz del desabastecimiento originado por la Segunda Guerra Mundial cuando el fenómeno adquirió fuerza. Entonces, ante la imposibilidad de contar con un adecuado surtido de mercaderías y a fin de evitar el riesgo de perder la clientela, optaron los vendedores por fabricar sus propios productos.

En el rubro de los supermercados fue la tienda francesa *Carrefour*, en 1976, la que comenzó a etiquetar productos con su propia marca, para luego introducir productos con nombres genéricos, que no hacían referencia al retailer.

La incursión de marcas propias en el mercado europeo ha sido exitosa. En Suiza, el 45% de las ventas corresponde a productos con marca propia; en Inglaterra este porcentaje alcanza un 39% y en Alemania un 22%.

Un intento fallido en esta materia lo registra la cadena española “SF”, que a principios de los noventa dio un lugar preponderante a las marcas propias en sus góndolas, desplazando a las tradicionales. De esta manera, el supermercado se convirtió en un lugar aburrido, todo de color blanco, porque los envases de sus productos lo eran. Consecuencia de lo anterior, dos años más tarde, la cadena hispana quebró y fue adquirida por el retailer francés “Promodes”.

En América Latina la primera incursión de marcas propias la efectuó Carrefour en Argentina. Dos años más tarde, las cadenas locales “Cafam” y “Éxito” se atrevieron a rotular productos con su marca.<sup>175</sup>

### **3. DESARROLLO.**

En el desarrollo de productos con marca propia se analiza el mercado, familias de productos y segmentos en cuanto a su participación, concentración de mercados, número de actores y oferta de productos. En base a este estudio es posible evaluar los niveles de rentabilidad de cada familia, definiéndose los nichos de mercado para lanzar un determinado producto de marca propia.

Es importante ofrecer no sólo precios convenientes, sino también una excelente calidad. Así, los consumidores generarán una creciente fidelidad hacia la marca propia,

---

<sup>175</sup> Ver Olivera Ortiz, Juan Esteban. Ob. Cit. Págs. 12 a 14.

produciéndose un efecto “paraguas” que permite a los productos de marca privada potenciarse entre ellos al cumplir con atributos de calidad, precio, atractivo diseño y una agresiva exhibición en el punto de venta.

Durante la etapa de introducción de la marca propia, la estrategia más usada para lograr el posicionamiento deseado es la de seguir a los productos más vendidos de marca nacional, que se utilizan como referencia.<sup>176</sup>

La proliferación de las marcas propias se explica por varios factores que se suman, y que dicen relación con la actitud del consumidor, la cadena de comercialización y el producto.

El actual consumidor se muestra sensible a la relación calidad-precio. Ello provoca que su fidelidad hacia marcas conocidas o tradicionales disminuya, generando una actitud más positiva hacia las marcas propias.

La industria de la distribución minorista de alimentos enfrenta un mercado cada vez más competitivo, concentrado y con nuevos formatos que permiten una mayor agresividad en la estrategia de precios, márgenes y promociones. La reacción a estos fenómenos se traduce en la búsqueda de nuevas oportunidades para mejorar los ingresos; aquí las marcas propias entregan dicha oportunidad, otorgando un margen de utilidad muy superior comparado con los productos con que compite directamente.

Con todo, las marcas propias generan un panorama complicado para los proveedores, toda vez que amenazan los márgenes de los productos líderes en cada categoría. También los volúmenes de venta de las marcas establecidas se ven amenazados, lo cual, naturalmente, dificulta la negociación entre proveedores y distribuidores, ya que ahora no sólo están en juego los intereses de rentabilidad mutua, sino también el impacto de la marca propia en la participación de mercado de esos proveedores.<sup>177</sup>

El desarrollo de las marcas propias beneficia directamente al distribuidor, quien no sólo comercializa marcas y productos de terceros, sino que ahora podrá gestionar y administrar sus propias marcas. Fuera de ello, le permite crear una imagen corporativa. Razones más que suficientes para arriesgarse en este negocio, el que le permitirá el cumplimiento de diversos objetivos.

---

<sup>176</sup> Ver Nallar Kauak, Gabriela y Stefanelli Dacheña, Claudio Andrés: “*Las Marcas Propias en Chile: Estado Actual de su Uso y Proyecciones Futuras: Un Análisis Sectorial*”. Pág. 7.

<sup>177</sup> Ver Olivera Ortiz, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág.15.

#### 4. CLASIFICACIÓN DE LAS MARCAS PROPIAS.

Dentro de las marcas propias distinguimos la siguiente clasificación, atendida al mercado objetivo al cual se encuentran dirigidas:

a) **Genéricas o Primeros precios:** Se trata de productos de calidad y precio inferior a los productos de marcas tradicionales. La idea es captar consumidores sensibles al precio. El envase en este tipo de marcas es simple, donde predomina un color y en cuanto a la información sólo se remiten a la exigida por la legislación de cada país.

b) **Regular Bandera:** En esta categoría encontramos productos de calidad similar a las líderes del mercado pero con un precio relativamente inferior y un envase distinto al de marca tradicional. Pretenden asociar el nombre de la compañía con la del producto. Su lema es “igual calidad a menor precio”.

c) **Regular Presencia:** Aquí encontramos productos de similar calidad y formato a los tradicionales. A través de estos productos no sólo se pretende posicionar el nombre del distribuidor, sino que fundamentalmente se quiere asociar su imagen a la de un producto reconocido y aceptado por el consumidor, imitando para ello el envase del producto en cuestión. Cabe señalar que ésta es la tendencia de los productos de marca propia chilenos, cuyos precios son inferiores a los tradicionales pero su aspecto es peligrosamente similar a los mismos.

d) **Prestigio o Premium:** Productos de alta calidad, tanto interna como externa. Su objetivo es elevar el nombre del distribuidor y no necesariamente buscar una mayor rentabilidad. En Chile la cadena D&S hace dos años que está comercializando la marca “President’s Choice” y “No Name”, que pertenecen a la firma canadiense de supermercados Loblaw. Se trata de la línea “Premium” de Líder, cuyas ventas equivalen al 10% del total de la empresa.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> König Vázquez, Alejandro René: “*Marcas Propias: ¿Amenaza u Oportunidad? Un Análisis De Los Efectos Que Provoca En El Productos, Distribuidor y Consumidor*”. Pág. 36 y 37.

## 5. ÉXITO DE LAS MARCAS PROPIAS.

Se espera que en un futuro las marcas propias alcancen entre un 20% a un 25% de las ventas totales de la industria de los supermercados. ¿A que se debe este explosivo crecimiento?<sup>179</sup>

Para explicar este fenómeno existen causas de oferta y de demanda. A saber:<sup>180</sup>

### 5.1. Causas de oferta

La concentración en la industria de la distribución es una importante causa del incremento de las marcas propias en la últimas dos décadas.<sup>181</sup> Las que comienzan a ser vistas como una vía para incrementar la rentabilidad del negocio.

Las marcas propias representan una fuente directa de ingresos. El margen de venta que el distribuidor obtiene de una marca propia es mayor al que obtiene de una marca tradicional, toda vez que sus costos son menores. Ello porque los proveedores de marca propia tienen menor poder de mercado que los de marcas tradicionales, y además significan un ahorro de costo en publicidad, pues sólo se publicita la marca del supermercado y esto abarca toda la gama de productos que éste comercializa.

A pesar de los evidentes beneficios que puede reportar para el distribuidor la venta de productos con su marca, no resulta conveniente para éste reemplazar totalmente a las marcas tradicionales por sus productos, ello porque hay estudios que demuestran que un desplazamiento absoluto de las marcas tradicionales puede repercutir negativamente en las utilidades del distribuidor. Lo anterior debido a la demanda por parte del consumidor de variedad y esa demanda ha de ser respetada por el retailer, ofreciendo una amplia gama de productos. Por otro lado, no podemos olvidar que como las marcas propias se venden a precios en ocasiones muy inferiores a los tradicionales pueden terminar reportando una menor rentabilidad, aún cuando su margen de venta sea mayor.

Las marcas propias se han transformado en una eficiente vía para que los distribuidores se diferencien entre ellos y consigan fidelidad por parte de los consumidores.

---

<sup>179</sup> Ver Palacios, Hernán: “*El Auge De Las Marcas Propias*”. [www.diariofinanciero.cl](http://www.diariofinanciero.cl). Publicado el 26 de enero 2007.

<sup>180</sup> Ver Lira Domínguez, Loreto: “*Cambios en la Industria De Los Supermercados*”. Pág. 155.

<sup>181</sup> Ver Putsis, William y Cotterill, Ronald.: “*Share, Price and Category Expenditure-Geographic Markets Effects and Private Labels*”. *Managerial and Decision Economics*, Vol 20, Sección 4. Pág 175-187.

Se ha demostrado que la lealtad a la tienda derivada del consumo de una marca propia de calidad puede aumentar las utilidades del distribuidor aún cuando el margen de ganancia de ésta no sea mayor que el de las marcas tradicionales. Asimismo, se ha constatado empíricamente que los consumidores que compran al menos algunos productos de marcas propias contribuyen más a la rentabilidad de los distribuidores en comparación con aquellos que sólo demandan marcas tradicionales. Sin embargo, se ha visto que los consumidores que están muy enfocados a las marcas propias reportan menos rentabilidad, pues se trata en general de clientes muy selectivos al momento de comprar, que adquieren muy pocos bienes y sólo los de menores precios.<sup>182</sup>

Se ha sostenido que cuando las preferencias de los consumidores por las marcas tradicionales no son fuertes y estos se encuentran dispuestos a cambiarse a una marca propia, los distribuidores se beneficiarían por la introducción de ellas toda vez que lograrían obtener menores precios de compra de parte de los proveedores de marcas tradicionales.

La probabilidad de que un distribuidor introduzca una marca propia en una determinada categoría de productos es mayor mientras mayor sea la participación de la marca líder en esa categoría, lo que nos lleva a concluir que mediante la introducción de una marca propia lo que pretende el distribuidor es aumentar su poder de negociación con el proveedor de marca tradicional.<sup>183</sup>

## **5.2. Causas de demanda.**

El presente escenario es propicio para la introducción de marcas propias, ello porque los actuales consumidores están mejor informados y se muestran más maduros a la hora de comprar, manejan y entienden perfectamente las relaciones precio y calidad de los productos, manifestándose menos leales a las marcas tradicionales.

Hay que tener en consideración que no todos los distribuidores están en condiciones de comercializar marcas propias, para ello es necesario alcanzar un nivel mínimo de ventas. Por tanto, los pequeños distribuidores tienden a agruparse para conseguir ese mínimo, mediante la integración de cadenas voluntarias.

---

<sup>182</sup> Ver Ailawadi, K. L. y B. Harlam: "An Empirical Analysis of the Determinants of Retail Margins: The Role of Store-Brand Share". *Journal of Marketing*, Vol. 68, N° 1 (enero 2004).

<sup>183</sup> Lira Domínguez, Loreto: Ob. Cit. Pág. 155.

La fabricación de marcas del distribuidor hace necesario contar con un personal propio y especializado, dedicado por ejemplo, al análisis de precios, creación de nuevos productos, localización y selección de proveedores, entre otros.

Por otra parte, existe un riesgo para quienes encargan estos productos, ya que confían en la elaboración del fabricante, rotulando el producto con su marca.

Por esta razón, generalmente sólo confían en fabricantes líderes con grandes recursos técnicos y solvencia”.<sup>184</sup>

## **6. MARCAS PROPIAS EN CHILE.**

El tema de las marcas propias, como hemos podido apreciar, ha tomado fuerza en prácticamente todos los mercados del mundo. Chile no ha quedado exento de esta tendencia. En efecto, las marcas propias se han transformado en una apuesta clave para las principales cadenas de supermercados de nuestro país, por tal razón gran parte de sus esfuerzos apuntan a potenciarlas.

Es un hecho que los últimos diez años han sido buenos para las marcas propias. La crisis económica, si bien llevó a disminuir el gasto en forma general, obligó a los consumidores a optar por artículos de bajo costo, oportunidad que fue bien aprovechada por los retailers, lanzando productos de menor valor con su mismo nombre.<sup>185</sup>

En nuestro país, el primer supermercado que lanzó productos con marca propia fue “Unimarc” y lo hizo a fines de los años setenta. La marca que empleó fue “Mi Casa”, utilizada para abarrotes y detergentes.

Sin embargo, se atribuye a D&S una campaña exitosa en este sentido; la cadena se preocupó de hacer un exhaustivo estudio sobre la materia antes de lanzar en forma masiva su línea de productos propios. En efecto, en 1992 estructuró un plan piloto para observar el comportamiento de las marcas privadas en el mercado chileno, lanzando D&S Classic y D&S Premium. Los resultados fueron alentadores, por tal razón la empresa creó un departamento especial y se dedicó formalmente a desarrollar un programa de marcas propias. El trabajo finalizó el año 1995 con las marcas “Líder” y “Ekono”, las que son promocionadas masivamente recién en 1997.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> Lira Domínguez, Loreto: Ob. Cit. Pág. 158.

<sup>185</sup> Ver Diario Estrategia. “*Marcas Propias ya están Presentes en 86% de los Hogares*”. (14/06/2004)

<sup>186</sup> Triviño Salamanca, Carlos Alex. Ob. Cit. Pág.75.

## 7. ¿QUIÉNES FABRICAN MARCAS PROPIAS?

En general, son las pequeñas y medianas empresas nacionales las que trabajan para el retailer elaborando y envasando productos con la marca propia de éste. Pero, también hay grandes empresas detrás de este negocio. En efecto, embotelladora Llancolén fabrica “Kontiki Cola” para Cencosud, “Líder Cola” para D&S y “Ever Swet Cola” para Unimarc; Calaf hace galletas soda para Líder; Lucchetti Chile elabora fideos para Cencosud y D&S; Campolindo envasa legumbres para Líder, y Tucapel hace arroz para D&S. También hay productos traídos desde el exterior. El café “A Cuenta” de Líder es de origen brasileño y el atún Jumbo ecuatoriano.

No es tarea fácil saber quien elabora productos para el supermercado. Por una parte, el retailer no desea que el nombre de su fabricante se haga público, pues la idea es crear a través de la marca propia un nexo directo con el consumidor, eliminando al proveedor de la cadena distributiva. Por otro lado, hay empresas que, fabricando marcas propias para un determinado retailer, no quieren verse asociadas al negocio. Es el caso de Lucchetti Chile, que firma como “L. Ch.” o empresas Tucapel, que aparece como “E.T.S.A”.<sup>187</sup>

Con los años, la elaboración de productos con el nombre del supermercado se ha transformado en un negocio bastante rentable. El servicio de elaboración y rotulación de marcas blancas ha ido creciendo de tal forma que actualmente los proveedores cuentan con un sitio web para estos efectos: [www.e-marcaspropias.com](http://www.e-marcaspropias.com).

La página es publicitada como el “primer portal de marcas propias de Latinoamérica”.

Entre los diversos fabricantes que ofrecen sus productos, encontramos varias empresas que elaboran marcas propias en Chile, algunas de ellas de gran renombre, como Lucchetti, Cecinas Winter, Cecinas Llanquihue, Pisco Capel y Bic S.A.

Cabe destacar que el portal no se limita a ofrecer las líneas de productos que tradicionalmente se asocian a las marcas propias, esto es, alimento y vestuario, sino que se extiende además a artículos de limpieza, hogar, electrónica, higiene y belleza, papelería y material para oficina, entre otros, con una amplia gama de subcategorías para cada línea. Así, por ejemplo, Bic S.A. ofrece artículos para escritura y corrección; Pisco Capel propone

---

<sup>187</sup> Ver Winter D, Magdalena: “Elaborado y envasado por: *Quién está detrás de las marcas propias*”. Economía y Negocios, El Mercurio. (14/8/2006).

elaboración de bebidas blancas; viña Luis Felipe Edwards ofrece la fabricación de vinos tintos, blancos y rosados.

Lo anterior nos lleva a concluir que estamos aún en una etapa temprana en cuanto al desarrollo de marcas blancas y, prontamente, seremos testigos de la ampliación de este negocio a mercados aún inexplorados.

## **8. ACTORES EN LAS MARCAS PROPIAS.**

La introducción de una marca propia no sólo importa a la cadena de supermercado que se arriesga con la introducción del producto. Afecta también a los proveedores del retailer, quienes entrarán en directa competencia con quien, hasta entonces, sólo cumplía el rol de distribuir sus mercaderías.

Además, no podemos dejar de mencionar a los consumidores, que parecieran ser los principales beneficiados con este negocio.

### **8.1. Supermercados y Marcas Propias.**

El retailer se embarca en la aventura de comercializar productos con su marca, buscando la fidelización de los consumidores, aspirando así a la ampliación de sus márgenes de ganancia y a la independencia respecto del fabricante.

La misión no es simple. La fabricación de una marca propia hace necesario contar con personal propio altamente especializado, dedicado al análisis de precios, creación de nuevos productos, localización y selección de proveedores, encargados de controlar calidad, entre otras funciones.

Enseguida, existe un riesgo para el retailer, ya que al vender un producto con su marca, está depositando en el mismo su prestigio. Por tanto, un error en la elaboración o calidad no sólo afectará al producto defectuoso, sino que comprometerá a todos los otros que lleven marca propia y, peor aún, afectará la confianza de los consumidores depositada en el retailer.

En la actualidad, los minoristas se ven enfrentados a una mayor libertad en su capacidad de acción, lo que les permite optar entre diversas decisiones de estrategias respecto a las marcas que manejan en su negocio. Básicamente es posible identificar tres alternativas:

### 1) Vender únicamente la marca del fabricante.

Es el caso más común entre los minoristas que carecen de recursos y capacidades que justifiquen la promoción de una marca privada.

### 2) Vender Marcas de los Fabricantes y Marcas Privadas.

Esta es la tendencia que se está dando entre los minoristas que cuentan con un gran número de tiendas propias, niveles importantes de ventas, gran reconocimiento por parte de los consumidores y que son poseedores de un fuerte poder de negociación con sus proveedores.

### 3) Vender productos genéricos.

Esta estrategia fue utilizada a fines de los años Setenta, cuando en los supermercados se comenzó a comercializar productos que se vendían con su nombre genérico, sin siquiera hacer mención al distribuidor. Tales productos estaban destinados a consumidores sensibles al precio.

La experiencia internacional indica que el peor error por parte de cualquier distribuidor es prescindir de aquellas marcas que el consumidor demanda, ya que la satisfacción de las necesidades del cliente debe primar al deseo de escapar a la competencia de precios y ejercer mayor dominio sobre los fabricantes.

El desafío del minorista consiste en transformar un punto de venta en una alternativa única, que reúna una serie de características y beneficios altamente apreciables por los consumidores. Lo anterior se consigue desarrollando fuentes de diferenciación que permitan ventajas comparativas respecto de la competencia.

Junto con convertirse en un medio de diferenciación, la marca propia se transforma en un mecanismo de lucha frente a los fabricantes, ya que de esta forma los minoristas consiguen independizarse.

Como ya lo habíamos expresado, la decisión de la cadena de supermercado en orden a comercializar o no marcas propias, debe contemplar los inconvenientes que dicha actividad puede ocasionarle. Iniciar el camino de las marcas privadas supone:

- i. Competir con las primeras marcas.

- ii. Incorporar un nuevo know how en todo lo que corresponde a la producción, control de calidad, diseño y política comercial del producto, incorporando tanto experiencias de éxito como de fracaso.
- iii. Seleccionar y controlar nuevos proveedores. Es posible que los actuales proveedores no sirvan o no quieran fabricar productos para el retailer, entonces habrá que buscar otros, asegurándose de no cometer un error en la elección, error que como advertíamos, puede dañar todo el concepto de marcas privadas del minorista.
- iv. Controlar la calidad de los productos que etiquetarán con su marca.
- v. Desarrollar adecuadas estrategias para mejorar la rentabilidad. No basta con poner el producto de marca privada en la estantería y eliminar el del fabricante. Es necesario ejecutar planes de marketing para mejorar la rentabilidad, esto implica tener presente el espacio asignado tanto a la marca propia como a la marca líder. Con respecto a este punto, la consultora McKinsey realizó un estudio en Europa de sesenta categorías de productos y comprobó que casi el 50% de las marcas privadas generaban menos ganancias por metro cúbico que las marcas líderes. En virtud de lo anterior, resulta vital que las empresas monitoreen las ganancias reales y la información a las asignaciones de espacio asociado a una rentabilidad por metro cúbico.
- vi. Asegurarse de no provocar roturas de stock en las marcas líderes. La circunstancia de asignar a una marca líder una menor presencia en las góndolas supone el riesgo de perder a consumidores fieles a dicha marca”.<sup>188</sup>

## **8.2. Fabricantes y Marcas Propias.**

El fenómeno de las marcas propias ha encontrado diversas reacciones entre los proveedores nacionales. Para su examen distinguiremos entre la posición de los grandes proveedores asociados a la AGIP y la de los pequeños proveedores.

### **8.2.1. Proveedores Asociados a la AGIP.**

La introducción de marcas propias en los supermercados tiene inquietos a los proveedores asociados a la AGIP.

---

<sup>188</sup> Ver Triviño Salamanca, Carlos Alex. Ob. Cit. Pág.36.

Vasco Costa, presidente de este organismo ha sostenido: “*Las marcas propias, aparentemente convenientes para el consumidor, son una tendencia mundial a la cual hay que observar con cuidado*”.

El principal temor manifestado por la industria proveedora dice relación con lo que sucede en las góndolas.

Los proveedores se han quejado del lugar preferencial que estas marcas tendrían en el supermercado, en desmedro de las marcas de los fabricantes.

Asimismo, los industriales han manifestado un enérgico repudio frente a aquellos productos propios del retailer, con envases muy similares a los de marcas tradicionales, lo que les ocasiona graves perjuicios.

Sumado a ello, es usual que el producto de marca propia sea ubicado exactamente al lado del producto tradicional, con lo que se pretende confundir al comprador.

Junto a lo anterior, la proliferación de marcas propia puede conducir a la eliminación de productos. En efecto, el espacio de venta para la distribución es limitado y como ya lo habíamos descrito, el retailer le otorga a su marca un espacio importante en la góndola, suponiendo dicha introducción la eliminación de otra marca, la que antes de la existencia de este producto, también tenía un lugar para su comercialización.<sup>189</sup>

La posición de los proveedores apunta a la protección de marcas tradicionales, que invierten en estudios y tecnologías para ofrecer un producto innovador y con un estándar de calidad superior a los productos de marca propia.

Para frenar esta situación, los proveedores nacionales buscan regular las marcas propias. Por tal razón, el Código de Buenas Prácticas, en actual elaboración, haría mención a ellas, incorporando reglas de *fair play* para que el desarrollo de estos productos no adopte las características propias de otro y, en el evento que ello ocurra, se tomen las medidas necesarias para frenar la situación. Porque para los industriales, habría en este caso claramente un plagio.

En tanto la situación no se regulariza, los proveedores se organizan para enfrentar la competencia que representan estas marcas. Una de las estrategias más utilizadas hasta ahora ha consistido en lanzar una extensión o una sub-marca para que actué como “marca de pelea” frente a las marcas del retailer.

---

<sup>189</sup> Ver Adasme, Cristián. “*Proveedores Buscan Regular Marcas Propias*”. Diario Financiero, [www.diariofinanciero.cl](http://www.diariofinanciero.cl), 17 de mayo de 2006.

Fuera de nuestro País, interesante resulta la actitud asumida por Procter & Gamble frente a los efectos negativos que estaba sufriendo por las marcas propias de Wal-Mart y Target, en Estados Unidos. La compañía interpuso recursos judiciales para proteger algunas de sus marcas emblemáticas, como Head & Shoulders.<sup>190</sup>

### **8.2.2. Pequeños y Medianos Proveedores.**

En cambio, los pequeños y medianos proveedores se han visto beneficiados con la introducción de este tipo de marcas.

Originalmente, los productores nacionales se mostraron reacios a envasar sus productos con la marca del supermercado. Sin embargo, con el tiempo, comprendieron que el fenómeno se desarrollaría con o sin ellos y decidieron cooperar.

Particularmente recelosos se manifestaron los procesadores de lácteos, no aceptando quesos, leches ni yogures con la marca del supermercado.

Sin embargo, el año 2004 la compañía nacional Surlat abandonó este acuerdo tácito, entró al negocio de las marcas propias y envasó lácteos para D&S. En un principio esta decisión incomodó a sus pares, pero Surlat continuó trabajando para el retailer pues estaba conciente que si no lo hacían ellos, empresas extranjeras entrarían al negocio. De hecho, Jumbo estaba trayendo marcas blancas desde Argentina.<sup>191</sup>

### **8.3. Consumidores y Marcas Propias.**<sup>192</sup>

El consumidor, gracias al crecimiento económico, el desarrollo tecnológico, los medios de comunicación y el mayor acceso a servicios que antes sólo estaban a disposición de clases socioeconómicas altas, mira al mundo de manera más global y dispone de gran cantidad de información. Ello ha dado lugar a un nuevo consumidor, maduro e informado, menos fiel a las marcas, cambiante en cuanto a sus necesidades y preferencias, más selectivo en sus opciones de compra y consumo.

Contrario a lo que podríamos suponer, las marcas propias son bien recibidas en el sector ABC1 de la sociedad. La razón es que en este nicho predomina la racionalidad en el consumidor, quien se cuestiona lo siguiente “si estos productos son similares, ¿por qué

---

<sup>190</sup> Ver Palacios, Hernan. Ob. Cit.

<sup>191</sup> Ver Winter, Magdalena: Ob. Cit.

<sup>192</sup> Ver Triviño Salamanca, Carlos Alex. Ob. Cit. Págs. 50 a 56.

pagar de más?". No sucede lo mismo en otros estratos sociales, donde se asigna gran importancia a la marcas, pues a través de ella se consigue status.

Interesante aparece el esfuerzo realizado por Paul Richardson, Arun Jain y Alan Dick<sup>193</sup> en un estudio publicado el año 1996, tendiente a determinar los factores que condicionarían la propensión a la compra de productos con marca propia.

Así, estos investigadores aislaron las variables Valor del Dinero, Riesgo percibido, Percepción del Diferencial entre las Marcas Propias y las Marcas del Fabricante, las Señales Externas del producto, la Familiaridad con los productos del Minorista, la Intolerancia a la Ambigüedad y las variables Socioeconómicas.

El Valor del Dinero implica considerar la calidad de un producto no en términos absolutos, sino con relación al precio de una marca en particular (utilidad por peso gastado). Así entonces, productos que poseen características deseables, por ejemplo, ingredientes naturales o bajas calorías, puede considerarse que ofrecen un mayor valor por el dinero que otra marca vendida al mismo precio, pero con una menor cantidad de beneficios.

El Riesgo percibido, por su parte, es determinante en la evaluación que realizan los consumidores al momento de adquirir los productos con marca privada. El riesgo no solo proviene de la incertidumbre frente al funcionamiento y desempeño del producto, también juega un papel muy importante el riesgo social como inhibidor de la compra, por temor a ser rechazado en su grupo de referencia.

Un elemento crítico en la decisión de compra es la percepción de la Calidad de un producto. Generalmente a las marcas propias se les asocia una calidad inferior que las marcas del fabricante respecto de una gran variedad de atributos como el sabor, textura, aroma, valor nutricional, etc. Estas percepciones persisten a pesar de que están sujetas al mismo control por parte de organismos gubernamentales que las marcas del fabricante.

Las señales externas, como el nombre de la marca, envase y precio, no forman parte del producto básico. Sin embargo, estas señales permiten formar una imagen del producto y reflejar las estrategias de marketing, independiente de cual sean las características intrínsecas del producto.

Los consumidores no solo utilizan estas señales en la evaluación de la marca de un producto, sino que además, las utilizan para inferir sobre la calidad del mismo.

---

<sup>193</sup> Ver Richardson, Paul, Arun K. Jain, and A. Dick, "The Influence of Store Aesthetics on Evaluation of Private Label Brands." *Journal of Product and Brand Management*. 1996. Vol: 5, Sección 1. Pág. 19 – 28.

Otro factor de relevancia, el más importante según este estudio, es la Familiaridad con los Productos del Minorista.

La Familiaridad denota comprensión de marca, conocimiento del producto y juicio necesario para evaluar los productos. En la medida que el consumidor esté familiarizado con los productos que ofrecen los minoristas, éstos tendrán la oportunidad de implementar estrategias mixtas de marca en sus tiendas (marcas propias y marcas del fabricante).

Otro de los factores que influye en la propensión hacia la adquisición de las marcas propias es la intolerancia a la ambigüedad. Ella se aprecia en la tendencia de ciertos individuos a evadir estímulos externos en vez de enfrentarlos y asimilarlos. Los sujetos que presentan esta actitud, se caracterizan además de su resistencia al cambio, por establecer estructuras definidas que le permiten de manera automática resolver sus conflictos, por evadir situaciones nuevas, por presentar un punto de vista polarizado de las situaciones y principalmente por condicionar sus elecciones a situaciones conocidas o familiares.

Una de las variables más exploradas por las investigaciones dice relación con el nivel socioeconómico del consumidor. No obstante, los resultados obtenidos han sido confusos y muy poco concluyentes. En el estudio se probó el efecto de cuatro variables socioeconómicas: ingreso, educación, edad y tamaño de la familia.

- Ingreso: Como tradicionalmente las marcas blancas se han posicionado a través de bajos precios, su compra significa ahorros para el consumidor. Así entonces, aquellos consumidores de bajos ingresos poseen mayor incentivo para comprar este tipo de marcas.

- Educación: Respecto a la educación, la posible relación con la propensión hacia la compra de marcas del distribuidor resulta menos obvia. Por una parte, la educación podría actuar como una señal del nivel de ingreso de la persona, entonces, quienes posean una mayor educación, se entenderá que además tienen mayores ingresos y ello le permitirá optar libremente por una determinada marca, independiente de cual sea su precio. Como resultado de esto, se podría esperar una relación negativa entre la educación y la preferencia por marcas propias.

Por otro lado, la selección de las marcas propias implica la consideración de una gran cantidad de variables que hacen que un consumidor educado tenga mayores posibilidades de discernimiento. En este caso, la educación constituye un elemento positivo en la preferencia de los consumidores por las marcas del minorista.

- Edad: La edad de los potenciales compradores se relaciona principalmente con la experiencia que se va adquiriendo con el paso de los años, que permite a los individuos de mayor edad contar con más herramientas de juicio respecto a los compradores más jóvenes.

- Tamaño de la familia: De las cuatro variables socioeconómicas seleccionadas, el tamaño del núcleo familiar parece tener la relación más directa con la preferencia por productos de marcas blancas. Esto porque parece lógico pensar que mientras más personas compongan una familia, mayores son las restricciones al momento de distribuir el ingreso en los bienes de consumo.

Luego de evaluar la importancia relativa de cada una de las variables que estarían influyendo en la propensión de compra hacia las marcas propias, la llamada familiaridad con el minorista poseedor de la marca blanca aparece como un factor crítico. La importancia radica en que los consumidores familiarizados con los productos de marca blanca tienden a considerarlos como de mejor calidad, disminuyendo el riesgo asociado a la compra y consiguen mayor valor por el dinero gastado. Muy por el contrario, aquellos consumidores que no están familiarizados con estos productos tienden a considerarlos como elecciones de alto riesgo. Estas percepciones podrían llevar a los consumidores a subevaluar la calidad y el rendimiento de su dinero.

La falta de familiaridad con los productos del minorista, podría además, acentuar la dependencia de variables externas como el nombre de la marca, el envase, precio. Áreas en las cuales los minoristas con marcas propias sufren diferencias relativas respecto de las marcas del fabricante.

La dependencia de los consumidores en variables externas al producto, adquiere una importancia imposible de desconocer cuando se intenta explicar la evaluación de las marcas propias. La confianza en este tipo de señales ejerce un efecto negativo en la actitud de los consumidores hacia las marcas del minorista, debido a que generalmente realzan aún más las percepciones de diferencias de calidad entre las marcas del fabricante y las blancas, y aumentan el riesgo asociado con el uso de estos productos.

El estudio consiguió, además, demostrar que las dudas respecto a la calidad de los productos de marcas privadas es el problema más grande al cual debe hacer frente el minorista.

Los resultados sugieren que la diferencia de calidad percibida en las marcas privadas se deriva, en gran parte, de la influencia de factores externos al producto.

Otra importante conclusión que se logró desprender de este estudio, fue que las estrategias promocionales que enfatizan el valor del dinero, podrían tener un efecto positivo y significativo en la propensión hacia la compra de marcas propias. Sin embargo, la estrategia promocional no tendrá un efecto substancial en los clientes si ellos están percibiendo diferencias importantes de calidad de las marcas propias y las del fabricante, así como también, si asocian un cierto nivel de riesgo a la compra de productos de marcas propias.

#### **IV. MARCAS PROPIAS Y ASPECTOS JURÍDICOS.**

El fenómeno de las marcas propias genera un sinnúmero de aristas de relevancia jurídica. En este trabajo nos limitaremos a analizar dos de ellas, que dicen relación con el vínculo jurídico comercial que existe entre proveedores y supermercados: 1. La similitud del etiquetado utilizado en este tipo de productos con el de marcas tradicionales, y 2., la naturaleza jurídica de la relación contractual que vincula al fabricante del producto con el supermercado titular de la marca propia.

##### **1. Etiquetado de los productos de marca propia:**

Los productos de marca propia del supermercado se han caracterizado por utilizar en sus envases diseños de similares características a los de marcas tradicionales. Esta estrategia ha sido criticada por los fabricantes de reconocidos productos, que ven en ello un claro atentado a la ley 19.039 sobre propiedad industrial.<sup>194</sup>

Esta peligrosa similitud origina lo que se conoce como dilución.

##### **1.1. Dilución**

Literalmente, la dilución es la acción y efecto de diluir, esto es, disminuir la concentración de alguna cosa añadiendo disolvente.<sup>195</sup> Nos evoca la idea de debilitamiento y también de homogeneidad.

---

<sup>194</sup> El DFL. N° 3 del 2006 fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial, modificado por la ley 20.160, publicada en el D.O. el 26 de enero de 2007.

<sup>195</sup> Diccionario de la Lengua Española.

Este concepto ha sido recogido por la ciencia económica y el derecho para designar con él un fenómeno que comienza en la mente del consumidor, de un modo intangible, y que repercute en el tema que venimos analizando.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) define dilución como la disminución de la capacidad de una marca famosa de identificar y distinguir bienes o servicios, sin importar la presencia o ausencia de:

- a) Competencia entre el propietario de la marca famosa y otros productos;
- b) Probabilidad de confusión, error o engaño.

Algunos autores han descrito la dilución como una “infección que, si las dejas expandirse, destruirá inevitablemente el valor comercial de una marca”; otros han señalado que se trata de “un cáncer que crece alimentándose de la reputación de una marca ya establecida”

Concretamente, la dilución apunta a confundir al consumidor, mediante la copia al etiquetado del producto de marca famosa. Así, el consumidor se ve imposibilitado para distinguir una marca comercial de otra. Lo anterior es gravísimo, teniendo presente que para alcanzar el reconocimiento del consumidor, las empresas invierten millonarias cifras en campañas publicitarias e investigación.

Es por esta razón, que resulta indispensable contar con un mecanismo de resguardo de la marca comercial que, como advertíamos, ha empleado tiempo, dinero y esfuerzo en lograr el reconocimiento de los consumidores.

La necesidad de crear resguardos frente a la dilución cobró fuerza en 1996, fecha en que se dicta la Federal Trademark Dilution Act (FTDA), documento que nace con el propósito de proteger a las marcas famosas del uso no autorizado por parte de terceros.

La OMPI, por su parte, otorga medios de protección a las marcas famosas ante la amenaza de dilución, a saber:

- Procedimiento de oposición: Si la legislación aplicable permite a terceros oponerse al registro de una marca, todo conflicto con una marca notoriamente conocida constituirá motivo de oposición.
- Procedimiento de invalidación: El titular de una marca notoriamente conocida estará facultado, durante un periodo no inferior a cinco años a partir de la fecha en que el registro haya sido hecho público por el organismo pertinente, para solicitar la

invalidación del registro de una marca que esté en conflicto con la notoriamente conocida, mediante una decisión de la autoridad competente.

- Prohibición de utilización: El titular de una marca notoriamente conocida estará autorizado para solicitar, mediante resolución de la autoridad competente, que se prohíba la utilización de una marca que esté en conflicto con la marca notoriamente conocida. El plazo para solicitar esta prohibición no será inferior a cinco años a partir del momento en que el titular de la marca notoriamente conocida haya tenido conocimiento de la utilización de la marca conflictiva

No habrá requisito de plazo para solicitar la invalidación cuando la marca conflictiva ha sido registrada de mala fe y para determinar si efectivamente concurre esta mala fe, la autoridad competente tomará en consideración si la persona que haya obtenido el registro o utilizado la marca que está en conflicto con la notoriamente conocida tenía conocimiento o motivos para conocer dicha marca en el momento en que ésta se haya utilizado o registrado.<sup>196</sup>

## **1.2. Dilución en Chile. Protección a las marcas comerciales.**

Nuestra legislación no recoge expresamente el término dilución, pero si contempla varias disposiciones referidas a la imitación de marcas comerciales y productos.

Las marcas comerciales se encuentran reguladas en la Ley 19.039, sobre Propiedad Industrial, cuyo texto fue refundido y sistematizado por el DFL N° 3 del año 2006.

La ley encarga la tramitación de las solicitudes de derechos industriales, el registro de las marcas comerciales, el otorgamiento de los títulos, la protección jurídica y demás servicios relativos a la Propiedad Industrial, al Departamento de Propiedad Industrial (DPI), organismo dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.<sup>197</sup>

La marca confiere a su titular el derecho exclusivo y excluyente de utilizarla en el tráfico económico en la forma que se le ha conferido y para distinguir los productos, servicios, establecimientos comerciales o industriales comprendidos en el registro.

Por consiguiente, el titular de una marca registrada podrá impedir que cualquier tercero, sin su consentimiento, utilice en el curso de las operaciones comerciales marcas idénticas o similares para productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales

<sup>196</sup> Dellafiori Albala, Gianni y Urzúa Edwards, Francisco: “*Marcas Propias y Dilución*”. Pág. 11.

<sup>197</sup> Departamento de Propiedad Industrial: <<http://www.dpi.cl/default.asp?cuerpo=495>>

que sean idénticos o similares a aquéllos para los cuales se ha concedido el registro, y a condición de que el uso hecho por el tercero pueda inducir a error o confusión.

En esta ley se contienen diversas figuras y mecanismos para evitar la imitación de las marcas. Así, contempla casos en que no se admite la inscripción de una marca, confiere la posibilidad de oponerse a la solicitud, faculta al titular de la marca para pedir la nulidad de una inscripción, y otorga acciones penales y civiles para pedir las sanciones e indemnizaciones que procedan, junto con la posibilidad de ejercer medidas cautelares, tanto judiciales como prejudiciales.

El art. 20 de la ley prohíbe la inscripción de marcas comerciales que sean iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejen de forma que puedan confundirse con otras ya registradas o válidamente solicitadas con anterioridad para productos, servicios o establecimiento comercial o industrial idénticos o similares, pertenecientes a la misma clase o clases relacionadas.

Asimismo, la ley protege marcas que aún no han sido registradas, pero que están siendo real y efectivamente usadas con anterioridad a la solicitud de registro dentro del territorio nacional. En este caso, el usuario de la marca deberá solicitar su inscripción en un plazo de 90 días desde que fuera rechazada o anulada la pretendida inscripción de la marca semejante. Si así no lo hiciera, la marca podrá ser solicitada por cualquier persona, teniendo prioridad dentro de los 90 días siguientes a la expiración del derecho del usuario, aquélla a quien se le hubiera rechazado la solicitud o anulado el registro.

De igual manera, las marcas registradas en Chile que gocen de fama y notoriedad, podrán impedir el registro de otros signos idénticos o similares solicitados para distinguir productos, servicios o establecimiento comercial o industrial distintos y no relacionados, a condición, por una parte, de que estos últimos guarden algún tipo de conexión con los productos, servicios o establecimiento comercial o industrial que distingue la marca notoriamente conocida y que, por otra parte, sea probable que esa protección lesione los intereses del titular de la marca notoria registrada. Para este caso, la fama y notoriedad se determinará en el sector pertinente del público que habitualmente consume esos productos, demanda esos servicios o tiene acceso a esos establecimientos comerciales o industriales en Chile.

Cualquier interesado podrá formular ante el Departamento oposición a la solicitud de marca. La oposición deberá presentarse dentro del plazo de 30 días contado desde la

fecha de la publicación del extracto respectivo, y deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se funda.

Procede la declaración de nulidad del registro de marcas comerciales cuando se ha infringido alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 20 de la ley, que señala los casos en que no se admitirá la inscripción de la marca.

Cualquier persona interesada podrá solicitar la nulidad de un registro de derecho de propiedad industrial. La demanda de nulidad deberá contener, al menos, los siguientes antecedentes.

- a) Nombre, domicilio y profesión del demandante.
- b) Nombre, domicilio y profesión del demandado.
- c) Número y fecha del registro cuya nulidad se solicita, e individualización del derecho respectivo.
- d) Razones de hecho y de derecho en las que se fundamenta la demanda.

El registro que fuere declarado nulo se tendrá como sin valor desde su fecha de vigencia.

La sentencia que acoja la nulidad del registro, en todo o parte, se anotará al margen de la respectiva inscripción.

La acción de nulidad del registro de una marca prescribe en el término de 5 años, contado desde la fecha del registro.

La referida acción de nulidad no prescribirá respecto de los registros obtenidos de mala fe.

Los juicios de oposición, los de nulidad de registro o de transferencias, los de caducidad, así como cualquiera reclamación relativa a su validez o efectos, o a los derechos de propiedad industrial en general, se sustanciarán ante el Jefe del Departamento, ajustándose a las formalidades que se establecen en esta ley. La prueba se apreciará según las reglas de la sana crítica. El fallo que dicte será fundado y, en su forma, deberá atenerse a lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en lo que sea pertinente.

En contra de las resoluciones dictadas en primera instancia por el Jefe del Departamento, haya o no mediado oposición, procederá el recurso de apelación. Deberá interponerse en el plazo de quince días, contado desde la notificación de la resolución, para ser conocido por el Tribunal de Propiedad Industrial.

El Tribunal de Propiedad Industrial, es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuyo asiento estará en la ciudad de Santiago.

El recurso de apelación se concederá en ambos efectos y procederá en contra de las resoluciones que tengan el carácter de definitivas o interlocutorias.

En contra de las sentencias definitivas de segunda instancia procederá el recurso de casación en el fondo, ante la Corte Suprema.

Los recursos se interpondrán y tramitarán de acuerdo con lo establecido en las disposiciones pertinentes del Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Civil, pero no será necesario comparecer ante el Tribunal de Propiedad Industrial a proseguir el recurso de apelación.

### **1.2.1. Acciones penales:**

La ley dispone que serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de 25 a 1.000 unidades tributarias mensuales quienes maliciosamente usen, con fines comerciales, una marca igual o semejante a otra ya inscrita para los mismos productos, servicios o establecimientos o respecto de productos, servicios o establecimientos relacionados con aquellos que comprende la marca registrada.

Al que reincida dentro de los cinco años siguientes a la aplicación de una multa, se le aplicará otra que no podrá ser inferior al doble de la anterior y cuyo monto máximo podrá llegar a 2.000 unidades tributarias mensuales.

Los condenados serán además, obligados al pago de las costas y de los daños y perjuicios causados al dueño de la marca.

Los utensilios y los elementos directamente empleados para la falsificación o imitación y los objetos con marcas falsificadas caerán en comiso. Tratándose de objetos con marca falsificada, se procederá a su destrucción. En el caso de los utensilios o elementos utilizados, será facultad del juez competente decidir sobre su destino, pudiendo ordenar su destrucción o distribución benéfica.

Para que el titular de una marca pueda ejercer la acción penal, ella deberá estar inscrita y deberá llevar en forma visible las palabras "Marca Registrada" o las iniciales "M.R." o la letra "R" dentro de un círculo.

### 1.2.2. Acciones civiles.

El titular cuyo derecho de propiedad industrial sea lesionado podrá demandar civilmente:

- a) La cesación de los actos que violen el derecho protegido;
- b) La indemnización de los daños y perjuicios;
- c) La adopción de las medidas necesarias para que no prosiga la infracción;
- d) La publicación de la sentencia a costa del demandado, mediante anuncios en un diario a elección del demandante. Esta medida será aplicable cuando la sentencia así lo señale expresamente.

Las principales características de estas acciones son las siguientes:

- 1) Se ejercen ante un **Juez Civil.**, constituyendo un camino distinto o complementario a la acción de tipo penal.
- 2) Se tramitan conforme al procedimiento del **juicio sumario**.
- 3) Los jueces deben apreciar la prueba según las reglas de la **sana crítica**.
- 4) Permiten **amparar el derecho lesionado**, facultando al actor para requerir “*la cesación de los actos que violen el derecho protegido*” y “*la adopción de las medidas necesarias para que no prosiga la infracción*”.
- 5) Complemento de lo anterior, son las medidas precautorias específicas que contempla la Ley, a saber:
  - i.- *La cesación inmediata de los actos que constituyan la presunta infracción;*
  - ii.- *El secuestro de los productos objeto de la presunta infracción y de los materiales y medios que sirvieran principalmente para cometerla;*
  - iii.- *El nombramiento de uno o más interventores;*
  - iv.- *La prohibición de publicitar o promover, de cualquier manera, los productos motivo de la presunta infracción; y*
  - v.- *La retención de los bienes, dineros o valores que provengan de la venta o comercialización de dichos productos “.*
- 6) Si la acción civil está destinada a obtener la indemnización de **perjuicios**, la determinación del monto de los daños podrá obtenerse ya sea mediante la aplicación de las reglas generales o bien por aplicación de las reglas especiales contenidas en la ley, a elección del actor. Tales reglas especiales son:

- i.- Las utilidades que el titular hubiera dejado de percibir como consecuencia de la infracción;
  - ii.- Las utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción; o
  - iii.- El precio que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.
- 7) “Para el ejercicio de la acción civil, la Ley **no exige una intencionalidad especial** por parte del infractor de los derechos de propiedad industrial. Esto marca una diferencia relevante con las acciones penales existentes en la Ley que hacen una referencia expresa a la malicia del infractor y al uso comercial del derecho infringido”.<sup>198</sup>
- 8) La sentencia condenatoria que lo ordene, debe ser publicada en un diario elegido por el demandante, a costa del condenado. Ello constituye una **medida de publicidad**. Opera como una sanción pública para un hecho que, en principio, se ventila en un procedimiento de naturaleza privada.
- 9) Podrán solicitarse como medidas prejudiciales, las precautorias de que trata el Párrafo 2º del Título X de esta ley y las medidas contempladas en los Títulos IV y V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

“En definitiva, estas acciones debieran ser una alternativa efectiva para la protección de los derechos de propiedad industrial, sin tener que recurrir necesariamente o como único recurso, al ejercicio de las acciones criminales”.<sup>199</sup>

La imitación de una marca comercial no sólo constituye una violación a los derechos de propiedad industrial, implica además en la mayoría de las ocasiones, sino en todas, una conducta de competencia desleal.

La competencia desleal está regulada en la Ley 20.169, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2007. En su art. 4º señala que se considerará como acto de competencia desleal, entre otras, *toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero.*

Una conducta podrá ser calificada como un acto de competencia desleal conforme a las disposiciones de la ley 20.169, aunque resulten procedentes respecto de esa misma

---

<sup>198</sup> Sargent y Krahn. “Boletín informativo. Las Acciones Civiles en la Nueva Ley de Propiedad Industrial” Junio 2006. <<http://www.sargent.cl/boletin/BSK200606.pdf>>

<sup>199</sup> *Id.*

conducta, y ante los tribunales competentes, las reguladas en la Ley 19.039 sobre propiedad industrial.

Conforme al art. 5° de la ley 20.169, contra los actos de competencia desleal pueden ejercerse, conjunta o separadamente, las siguientes acciones:

- a) Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica.
- b) Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste.
- c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo.

Las tres acciones señaladas prescriben en el plazo de un año contado desde la fecha en que finaliza la realización del acto de competencia desleal, o desde que fue conocido, si ello ocurrió con posterioridad. El ejercicio de cualquiera de ellas interrumpe el plazo para pedir la indemnización de perjuicios.

d) Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Esta acción prescribe en cuatro años, y se cuenta en la misma forma que las anteriores.

No habrá lugar a indemnización de perjuicios de acuerdo con esta ley si el demandado ya hubiese sido condenado a reparar el mismo daño de conformidad con otro ordenamiento legal.

Será competente para conocer de las causas de esta ley el juzgado de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor, a elección de este último.

Las acciones conferidas por esta ley se tramitarán de acuerdo a las normas del procedimiento sumario, contempladas en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, pero no podrá continuarse como ordinario en ningún caso.

Si se ejercen las acciones referidas en las letras a) a c) del artículo 5° y luego la acción indemnizatoria en juicio separado, los hechos establecidos en juicio entre las mismas partes respecto de aquellas acciones se tendrán por probados en el juicio en que se haga vales esta última.

Contra la sentencia procederán todos los recursos que franquea la ley, de acuerdo con las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

Si existe un indicio grave y preciso de amenaza o de ejecución de un acto de competencia desleal, el tribunal, a solicitud de parte, podrá ordenar su suspensión inmediata, sin perjuicio de las demás medidas precautorias previstas en Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Si la sentencia firme establece que han existido uno o más actos de competencia desleal, el tribunal que la dictó deberá remitir todos los antecedentes del juicio al Fiscal Nacional Económico, quien tendrá la facultad de referir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, atendidas la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado, la aplicación de la multa que fluctuará entre 2 y 1.000 unidades tributarias mensuales, y se aplicará a beneficio fiscal. Para la determinación del monto de la multa, se considerarán entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor..

El Fiscal Nacional Económico podrá interponer la acción ante el Tribunal de la Libre Competencia dentro de los dos años siguientes a la recepción de los antecedentes.

### **1.3. Marcas Propias y Dilución.**

Una de las estrategias utilizadas por los productos de marca propia es la de asemejarse visualmente al líder de la categoría en cuestión.

La mencionada estrategia evidentemente llevará a los consumidores a confusión, “diluyendo” el poder de las marcas tradicionales. De esta forma, la marca propia se aprovecha de la inversión asumida por el fabricante de la marca tradicional.

¿Qué hacer frente a esta situación?

La decisión no es simple, pues iniciar acciones legales contra el retailer puede implicar que éste tome represalias, tales como privilegiar en sus estanterías el producto de su marca por sobre el tradicional, ocasionando pérdidas irreparables al proveedor mientras se zanja el asunto controvertido, toda vez que pierde la más importante vitrina para la comercialización de sus productos.

Un claro caso de lo expuesto es la determinación de la empresa McKay, que derechamente decidió cambiar el tradicional y reconocido envase rojo para sus galletas de soda por uno de color amarillo, debido a la extrema similitud con las galletas de soda marca

propia “Líder”, asumiendo el costo de invertir nuevamente en publicidad para volver a ser identificado y preferido por sus consumidores.<sup>200</sup>



Fig.1 Antigo y nuevo envase de galletas de soda Mckay.



Fig. 2. Envase de galletas de soda marca propia Líder.

Sin embargo, no todos los proveedores están resignados a cambiar sus tradicionales etiquetas ante la evidente copia de las mismas. Interesante, para estos efectos, resulta analizar la denuncia formulada por Nestlé en contra de Supermercados Unimarc ante semejanzas existentes entre los envases del café instantáneo “Nescafé” y el café soluble envasado para Unimarc, comercializado bajo su nombre genérico.

#### 1.4. CASO: Nestlé y Unimarc. Similitud en los Etiquetados.

Frente a una evidente similitud en los etiquetados del reconocido producto “Nescafé” y el Café marca propia de Unimarc, Nestlé resolvió acudir a los tribunales de justicia para denunciar infracciones a la ley sobre propiedad industrial.<sup>201</sup>



Fig. 3. Etiqueta de Nescafé, de Nestlé



Fig. 4. Etiqueta de Café, de Unimarc

Nestlé, no estaba en condiciones de negar la venta a Unimarc, pero le advirtió de eventuales suspensiones en las líneas de financiamientos y entrega de Nescafé y otros productos suyos, condicionando así el comercio normal entre las partes.

<sup>200</sup> Ver Dellafiori Albala, Gianni y Urzúa Edwards, Francisco: Ob. Cit. Pág. 24. Ver Fig. 1 y 2.

<sup>201</sup> Ver Fig. 3 y 4.

Pendiente aún la resolución de las querellas interpuestas por Nestlé, Supermercados Unimarc denunció el 08 de Febrero del año 2001 a este proveedor ante la Comisión Preventiva Central (CPC), por infracción a lo dispuesto en la letra f), del artículo 2° del DL 211, esto es, eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

El retailer pretendía a través de esta denuncia que la CPC adoptara medidas tendientes a facilitar la comercialización de su café soluble, evitando que Nestlé, a través de acciones judiciales, atentara contra la libre competencia.

El supermercado argumentó ante la CPC que las querellas interpuestas por el fabricante buscaban impedir que tanto el querellado, como otros supermercados, pudiesen disputar a Nestlé su posición de dominio en el mercado, posición que ostentaría no por la excelencia de sus productos, sino por la ausencia de competidores.

Junto a lo anterior, Unimarc denunció una unilateral alteración de las condiciones de venta impuestas por el proveedor.

El supermercado denunciante expuso además, que los productos objetados por el fabricante Nestlé, ante la justicia criminal, eran comercializados con suficiente distingo de los de este último. Incluso, en algunas ocasiones, conjuntamente en un solo paquete y a un precio muy conveniente para que los consumidores constataran la mejor calidad del producto propio del retailer.

En vista de lo anterior Nestlé manifestó que el supermercado Unimarc, en la comercialización de sus marcas propias, se aprovechaba de la fama y notoriedad de sus productos, no sólo del café soluble, sino que también del saborizante para la leche “Milo”, copiando las características visibles de éstos.<sup>202</sup>



Fig. 5. Etiqueta de saborizante Milo, de Nestlé



Fig. 6. Etiqueta de saborizante Chocolatado, de Unimarc.

---

<sup>202</sup> Ver Fig. 5 y 6.

Lo anterior, con el agravante, según lo declarado por Nestlé, de comercializarlos en sus estanterías mediante un sistema tal, que confundía a los consumidores, ya que intercalaba sus marcas propias con los productos tradicionales “Nescafé” y “Milo”. Más aún, a modo de promoción, adhirió unidades de Nescafé con una cinta adhesiva al Café Unimarc, vendiendo ambos a un solo precio.

El fabricante argumentó además que en el mercado existen, al menos, ocho marcas competidoras de su línea de café soluble y cada uno de estos productos con suficientes distingos para evitar confusiones en los consumidores.

En cuanto a las alteraciones en las condiciones de venta, denunciadas por Unimarc, Nestlé expresó que la venta de sus productos se hacía sobre la base de condiciones objetivas, siendo legítimo suspender las ventas en caso de no pago de deudas vencidas, y esto fue precisamente lo que motivó la suspensión para Unimarc, situación que duró un día y luego se normalizó en virtud de un acuerdo de pago celebrado entre las partes.

Finalmente, Nestlé hizo presente que al denunciar ante la justicia criminal al supermercado por tales prácticas no había hecho otra cosa que ejercer el derecho que emana de la legislación protectora de la propiedad industrial.

Aprovechando la instancia, Nestlé no sólo se defendió de la acusación interpuesta por el retailer. Conjuntamente con ello, demandó en forma reconvencional al supermercado por infracción a los artículos 1º y 2º letra f) del DL 211. Acusó a Unimarc de fabricar y envasar un café y un saborizante para la leche, con etiquetas iguales a las marcas-etiquetas “Nescafé” y “Milo” respectivamente. Agregó a su denuncia la condición en que estos productos se comercializaban, esto es, en la misma estantería e intercalados con los de marcas propia, e incluso unidos mediante cintas adhesivas, impidiendo al consumidor adquirirlos por separado e induciéndolo a pensar que el café Unimarc y Nescafé tendrían idéntico origen.

La CPC se pronunció sobre el asunto el 08 de Junio del año 2001, mediante el dictamen número 1.162.

En lo referente a la denuncia formulada por Supermercados Unimarc en contra de Nestlé, esta fue desestimada. La CPC expresó que *“La sola presentación por parte de Nestlé de querellas criminales en contra de Unimarc, basadas en supuestas infracciones a la ley 19.039, no puede ser considerada per se como una conducta atentatoria de la libre competencia, ya que constituye una facultad que dicha ley confiere al titular de una marca*

*registrada cuando estima violado su derecho de propiedad y cuyo conocimiento y resolución corresponde a otros órganos jurisdiccionales”.*

En cuanto a la denuncia de Nestlé en contra de Unimarc, ésta se acogió, pues se estimó suficientemente acreditado que la cadena de supermercados Unimarc había, efectivamente, incurrido en conductas infractoras de los artículos 1º y 2º letra f del DL 211. A saber:

a) Comercializar al interior del supermercado el producto de su fabricación “Café Unimarc” atado mediante cinta adhesiva al producto de la firma Nestlé, de marca “Nescafé”, en un solo paquete y bajo un único precio.

Se estimó que ello constituía una “venta atada”, figura reprochada desde el punto de vista de la libre competencia por imponer al consumidor la compra de ambos productos. Venta que además constituye competencia desleal por aprovecharse de la fama y prestigio del producto “Nescafé”.

Esta conducta fue reconocida por Unimarc, quien afirmó que esta venta tenía por objeto que sus clientes consumieran “Café Unimarc” y pudieran constatar la mejor calidad de su producto.

b) Exhibir dentro del supermercado los productos de su fabricación: “Café Unimarc” y “Chocolatado Unimarc” y los productos provenientes de un competidor en esos rubros, “Nescafé” y “Milo”, en la misma estantería en forma intercalada. Este proceder, junto a la evidente similitud que se advierte entre la etiqueta de unos y otros productos, se estimó, podía producir confusión en el consumidor acerca de la identidad y/o procedencia de los mismos. Conducta que fue calificada de desleal por la CPC.<sup>203</sup>

Este dictamen tiene el mérito y la importancia de constituir el primer pronunciamiento sobre el etiquetado de los productos de marcas propias, fallando a favor del afectado y, además, en pronunciarse respecto de la competencia desleal, calificando estas conductas como desleales, aún antes de la promulgación de la ley que regula actualmente la materia.

---

<sup>203</sup> Ver Dictamen de Comisión Preventiva Central N° 1.162. [www.fne.cl](http://www.fne.cl)

## **2. Relación Contractual entre el Supermercado y el Fabricante de su Marca Propia. Naturaleza Jurídica.**

Queda abierta la pregunta acerca del tipo de contrato que se configura cuando un supermercado le encomienda a un determinado fabricante la elaboración de un producto, el que será comercializado bajo la marca de quien encarga la obra.

Debido al gran celo con que las empresas involucradas manejan la información relativa a este contrato, nos ha sido imposible acceder a su contenido, por lo que nos limitaremos a realizar un examen teórico de este vínculo contractual.

La figura en comento se inicia al contactarse el supermercado con un fabricante, indicándole qué producto necesita, sus características, especificaciones técnicas y cantidad. Si llegan a un acuerdo, el fabricante suministrará los materiales y elaborará los productos solicitados bajo la marca del retailer. Estando éste último conforme, procederá a adquirir las mercaderías, pagando por ellas un precio determinado. Podrán acordar también las condiciones de futuras ventas, periodicidad, plazos y formas de pago.

Con el objeto de esbozar algunas ideas respecto de la naturaleza jurídica de la relación contractual entre el supermercado y el fabricante, dividiremos el análisis de los actos jurídicos descritos en dos partes. En primer lugar, trataremos la etapa de confección y adquisición del producto con marca propia, como si se tratara de un acto aislado. En segundo lugar, veremos qué pasa cuando la adquisición y confección del producto se enmarca en una relación continua entre el fabricante y el supermercado.

### **2.1. La fabricación y adquisición del producto bajo marca propia del supermercado, considerados como un acto aislado.**

#### **2.1.1. Observaciones previas.**

Estando ante un acto en que una parte se obliga para con otra a dar o hacer alguna cosa, sólo cabe concluir que estamos ante un contrato.<sup>204</sup> ¿Pero, de qué contrato en particular se trata?

Para responder a esta pregunta, comencemos por analizar los elementos presentes.

---

<sup>204</sup> Ver art. 1438 del Código Civil.

- a) Elemento subjetivo: Hay un sujeto activo que encarga la confección de una cosa y un sujeto pasivo que se obliga a confeccionarla.
- b) Elemento objetivo: La confección y entrega de una cosa, y un precio que se paga por ella.
- c) Causa: Por un lado, la obra se encarga para que sea fabricada en los términos solicitados y adquirida en propiedad; y por otro, la obra se confecciona para recibir un precio por ella.

Revisados los distintos contratos que regula nuestra legislación, nos inclinamos por plantear dos posibles respuestas y cada una de ellas con algunas variantes.

Una posibilidad es sostener que la convención que más se ajusta a la figura descrita es el Contrato de Confección de Obra Material. La otra alternativa es concebir que la sola noción de compraventa mercantil es suficiente para explicar este fenómeno. La prevalencia de una respuesta sobre la otra dependerá del carácter que se le atribuya a las negociaciones desde la primera tratativa entre el supermercado y el fabricante de marca propia, hasta la determinación final del objeto sobre el cual ha de recaer la convención.

**a) El producto con marca propia es adquirido en virtud de un contrato de Confección de Obra:**

El supermercado, interesado en comercializar un producto con marca propia, encarga la fabricación o manufactura de un bien nuevo, que implica la transformación de materias, y por tanto, razonable es plantear la existencia de un contrato de confección de obra.

En este sentido, la Empresa Argentina de Cobranzas S.A. ha señalado que *“cuando el proveedor fabrica y envasa y le vende mercadería como marca propia a la cadena (de supermercados) debería encuadrarse tal operación en una locación de obra”*.<sup>205</sup>

La doctrina Argentina define el contrato de Locación de obra como *“aquel por el cual una de las partes, denominada locador de obra (empresario, constructor, contratista, y en su caso, profesional liberal, autor, artista, etc.), se compromete a alcanzar un resultado, material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica y la otra parte, denominada locatario de obra (dueño, propietario,*

---

<sup>205</sup> Empresa Argentina de Cobranza: Ob cit. Pág. 4.

*comitente, patrocinado, paciente, cliente, etc.), se obliga a pagar un precio determinado o determinable en dinero”.*<sup>206</sup>

Alessandri define el contrato de confección de obra como aquel por el cual, una persona llamada artífice, se obliga, mediante cierto precio, a ejecutar una obra material.

Este autor señala que, así como en el arrendamiento de cosas, el arrendador es obligado a suministrar el goce de una cosa, en el arrendamiento de obras es obligado a la ejecución de una obra material; mediante este contrato, el arrendador va a poner su trabajo al servicio de otro para transformar una sustancia en una obra nueva, que puede ser mueble o inmueble: caben dentro de este contrato los más variados trabajos: el del sastre, del carpintero, del arquitecto, del ingeniero, etc. Lo que caracteriza entonces este contrato es que se haga una obra nueva con una sustancia mediante la transformación de ella por el trabajo del hombre.

A diferencia de lo que pasa en el arrendamiento de servicios, el precio se paga no en consideración al tiempo, sino en consideración a la importancia de la obra.<sup>207</sup>

El contrato señalado se encuentra regulado en el Libro IV, Título XXVI, párrafo 8, del Código Civil, artículos 1996 y siguientes.

Conforme a lo que allí se dispone, si el artífice (fabricante) suministra todos los materiales para la confección de la obra material o la materia principal, el contrato es de venta. En caso contrario, será de arrendamiento. Nuestro negocio en estudio queda enmarcado en la primera hipótesis. Lo que significa que no le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 1997 y siguientes del Código Civil.<sup>208</sup>

Este contrato de compraventa tiene algunas reglas especiales señaladas en el artículo 1996, a saber:

- i. Dispone el inciso primero, que la venta no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la cosa.
- ii. Consecuencia de lo anterior, dispone el inciso segundo, que el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la cosa sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no.

---

<sup>206</sup> Asociación de Abogados de Buenos Aires: <<http://www.aaba.org.ar/bi070002.htm#obra>>

<sup>207</sup> Ver Alessandri Rodríguez, Arturo: “*Derecho Civil. De los Contratos*”. Pág. 182.

<sup>208</sup> Ver art. 1996 del Código Civil.

Ahora bien, hemos señalado que entre el supermercado y el fabricante se configura una compraventa, pero ¿por qué reglas se rige en definitiva?. La duda surge por la normativa especial contenida Código de Comercio.

Señala Gonzalo Baeza que basta con que la compra recaiga sobre una cosa corporal mueble y que sea efectuada con la intención de vender, permutar o arrendar dicha cosa para que la compra sea comercial.<sup>209</sup>

El art. 3º del Código de Comercio dispone que “*Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 1.º La compra (...) de cosas muebles, hechas con ánimo de venderlas (...) en la misma forma o en otra distinta, y la venta de estas mismas cosas*”. Agrega José Parga que, para estos efectos, la compra debe realizarse con ánimo o espíritu de lucro.<sup>210</sup> Precisamente, el fabricante compra bienes para vendérselos posteriormente al supermercado en una forma distinta, y la intención del supermercado al comprar un producto al fabricante, es revenderlo con su marca, con el fin de obtener una ventaja económica de ello. Así las cosas, la norma aludida mercantiliza tanto la compraventa realizada por el fabricante, como la adquisición realizada por el supermercado.

Además, siendo la compra de bienes muebles, para posterior reventa, una actividad habitual del supermercado, sus actos son mercantiles en virtud del N° 5 del art. 3º, que mercantiliza la actividad de las tiendas.<sup>211</sup>

Por otra parte, la ley califica de mercantil la actividad de quien transforma materia prima mediante el trabajo humano o de maquinaria con miras a obtener un producto perfectamente determinado o individualizado. Así, según Sandoval, lo que mercantiliza el N° 5 del artículo 3º del Código de Comercio es la actividad que despliegan las empresas de fábricas o manufacturas para llevar a cabo su objeto. En consecuencia, la actividad industrial o manufacturera constituye, para el derecho comercial, una actividad de índole mercantil.<sup>212</sup> Para estos efectos, entendemos por empresa *la actividad profesional, de carácter económico destinada a intervenir en el mercado de bienes y servicios*”.<sup>213</sup>

---

<sup>209</sup> Baeza Ovalle, Gonzalo. “*Derecho Comercial*” Pág. 302.

<sup>210</sup> Parga, José: “*Derecho Comercial*” Pág. 35.

<sup>211</sup> Ver Sandoval López, Ricardo: “*Derecho Comercial*” Pág. 60.

<sup>212</sup> *Id.*

<sup>213</sup> Sandoval López, Ricardo. Ob. Cit. Pág. 59.

Aparece con claridad, a la luz de lo explicado, que la compra, manufactura, y venta de bienes efectuada por el fabricante, y la posterior adquisición de dichos bienes realizada por el supermercado, constituyen siempre para ellos actos de comercio.

Tratándose, por tanto, de una compra mercantil, el cuerpo legal aplicable será el Código de Comercio, y subsidiariamente serán aplicables las normas del Código Civil.

Nos parece que, de todas las modalidades de compraventa mercantil señaladas en el párrafo 1º, del Título II, del Libro II del Código de Comercio, la que más se aviene al negocio en comento es la compraventa a la orden, contemplada en el art. 134 de ese cuerpo legal.

La venta de cosas a la orden *“es aquella que se hace en virtud de la orden que el comprador expide al vendedor, a fin que le remita la cosa materia del contrato, cosa que el comprador no ha conocido al tiempo de celebrarlo”*.<sup>214</sup>

Surge ahora un conflicto de normas sobre el cual es necesario reparar. El art. 1996 del Código Civil dispone: *“si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra”*. Exige, por tanto, una manifestación de voluntad del comprador, en orden a señalar si la cosa confeccionada es o no de su agrado. En caso de desacuerdo, derechamente no habrá compraventa, por falta de objeto.<sup>215</sup>

Por su parte, el art. 134 del Código de Comercio es menos exigente. Si la cosa ha sido designada por su especie, el comprador podrá resolver el contrato si la cosa no fuere sana y de regular calidad. Si ha sido designada en especie y calidad, el comprador está facultado para resolver el contrato si la cosa no fuere de la calidad estipulada. En caso de desacuerdo entre las partes, se ordenará que la cosa sea reconocida por peritos.

En el primer caso, mientras no haya aprobación, no hay compraventa; en el segundo caso no se exige la aprobación del comprador para que la compraventa nazca a la vida del derecho, esta nace perfecta, y sólo podrá resolverse en los casos señalados. Dada esta divergencia, ¿qué norma prima?

Podríamos afirmar que la solución aplicable es la contenida en el art 1996 del Código Civil. Se sustenta esta conclusión en un argumento de texto. No ha sido sino éste artículo el que nos ha conducido a la compraventa, y nos ha indicado que ésta no se

---

<sup>214</sup> Ver Baeza Ovalle, Gonzalo. Ob. Cit. Pág. 1866.

<sup>215</sup> Ver Baeza Ovalle, Gonzalo. Ob. Cit. Pág. 1862.

verifica, no existe, no nace a la vida del derecho, mientras no se preste aprobación por el que encargó la obra.

Luego, si no hay compraventa aún, no tenemos acto jurídico al cual aplicarle la regla del artículo 134 del Código de Comercio, sin perjuicio de que sean aplicables todas las demás normas pertinentes de este Código, por tratarse de un acto mercantil, como explicamos más arriba.

Con todo, nos inclinamos por una solución distinta. Lo que ha querido el legislador en el art. 1996 del Código Civil ha sido proteger al comprador, de manera tal que pueda desligarse del vínculo que le une al artífice si la obra confeccionada no es de su agrado; porque no la ha visto, y por tanto, no han acordado en un elemento esencial de los actos jurídicos, constituido por la cosa del mundo externo sobre la cual recae el acto. Esta protección, sin embargo, no se condice con la velocidad y dinamismo que exige el comercio. La aplicación de la exigencia contenida en el art. 1996 del C.C. entrabaría la libre circulación de los bienes y perjudicaría gravemente la actividad económica de los sujetos de este contrato. Por tanto, atendido el espíritu de la ley y la especialidad del Código de Comercio, no cabría sino hacer aplicación de lo dispuesto en el art. 134 de éste Código, prescindiendo de la exigencia del art. 1996.

Si nos quedamos con la primera respuesta, y deseamos la aplicación del art. 134 del Código de Comercio, son procedentes las siguientes observaciones.

Para Alessandri, aquí habría una venta al gusto o prueba por expresa disposición de la ley, de modo que el contrato no se entiende perfeccionado sino cuando el que encargó la obra da su aceptación; y como de acuerdo a los principios que rigen las obligaciones con condición suspensiva es menester que la cosa exista al tiempo de cumplirse la condición, resulta que si antes de darse la aceptación se destruye la cosa, su pérdida recae sobre el artífice. En esto no hay sino aplicación del art. 1823, que reglamenta las ventas a prueba y de la teoría del riesgo en las obligaciones condicionales.<sup>216</sup>

Baeza Ovalle tiene una opinión distinta. Para él, la compraventa al gusto regulada en el art. 1823 del Código Civil, no está sujeta a condición alguna. En efecto, para que la venta se repute perfecta las partes deben estar de acuerdo en la cosa y en el precio. Mientras no haya una aceptación respecto de la cosa, no hay venta. Por tanto desde la génesis este contrato es puro y simple.

---

<sup>216</sup> Ver Alessandri Rodríguez, Arturo. Ob. Cit. En el mismo sentido, Orrego Acuña, Juan Andrés, “*El contrato de arrendamiento*”. Pág. 165.

Reafirma la idea de una compraventa al gusto o a prueba, la leyenda que puede apreciarse en todos los productos marca propia “Líder”, donde se expresa que los productos son elaborados para el supermercado “con el acuerdo del propietario de la marca”.

No obstante lo dicho, estimamos que la calificación de venta al gusto es insuficiente para explicar los efectos del contrato de confección de obra.

Ante la aplicación del art. 1996 del Código Civil, nos planteamos el siguiente asunto:

Premisa 1: Mientras no se preste la aprobación del que encargó la obra, no hay contrato de compraventa.

Premisa 2: Si no hay contrato de compraventa, no nace la obligación de pagar el precio, ni de entregar la cosa.

Problema: ¿De dónde surge la obligación del artífice de confeccionar la obra?. Por supuesto, no de la compraventa.

Tampoco nos sirve para justificar la obligación del artífice sostener que hay una condición suspensiva, pues, por definición, ella obsta el nacimiento del derecho y su obligación correlativa.<sup>217</sup> Si consideramos la aprobación del comprador como un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de una obligación (celebrar la compraventa), mal podría servir de fuente para la obligación de confeccionar la obra, que es anterior.

Pensamos que la solución aplicable es interpretar el artículo 1996 del Código Civil, entendiendo que se trata de un acto jurídico complejo, en los siguientes términos:

En su nacimiento, se trata de un contrato bilateral, en que el artífice se obliga a confeccionar la obra, y el que la encargó, a manifestar si le gusta o no. Aprobada la obra, la compraventa produce todos sus efectos.

Si bien el artículo 1996 del Código Civil no lo dice, entendemos que la conclusión es correcta, al menos en el ámbito civil, desde que el epígrafe bajo el cual se ordenó reza “Del contrato para la confección de una obra material”, cuyo concepto es bastante más amplio que el de venta, y que, además, los contratos deben ejecutarse de buena fe, por lo que obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. De aquí surge, por tanto, la obligación del artífice de confeccionar la obra.

---

<sup>217</sup> Ver Ramos Pazos, René. “*De las Obligaciones*”. Pág. 152.

La aprobación del comprador constituye, como señala Alessandri, una condición suspensiva, de la cual depende el perfeccionamiento de la compraventa.

Concluimos lo anterior, toda vez que, si prescindimos de la compraventa sujeta a condición suspensiva en esta primera etapa, como lo hace Baeza, y señalamos que ésta es pura y simple, la obligación del artífice carecería de causa. En efecto, ¿por qué se obliga al fabricante? Para recibir el precio, o al menos, para tener el germen de derecho que lo conducirá a obtener el precio, en el evento de cumplirse la condición.

Cumplida la condición, esto es, aprobada la obra por el comprador, se producen todos los efectos de la compraventa haciéndose aplicables las reglas especiales contenidas en el Código de Comercio y en subsidio, las contenidas en el Código Civil.

Si acogemos la segunda teoría, haciendo aplicable el artículo 134 del Código de Comercio, con prescindencia de la exigencia del artículo 1996 del Código Civil, cabe hacer la siguiente observación:

Nuestro legislador ha empleado el término “resolver”, y sólo se puede resolver lo que ya existe. Por lo que se desprende que la compraventa a que se refiere la norma es perfecta, y sujeta a la condición resolutoria de no ser la cosa de la calidad estipulada, o no ser sana y de regular calidad si no se hubiese dicho nada al respecto.

Siendo así, la obligación del artífice de confeccionar la obra sería inherente a la de hacer la tradición de la cosa vendida, y tendría como fuente precisamente el contrato de compraventa.

Si el artífice no confecciona la obra, incumpliría su obligación de entregar, por lo que el supermercado podría solicitar el cumplimiento forzado, o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios.<sup>218</sup>

En el acto de la entrega puede el vendedor exigir del comprador el reconocimiento íntegro de la calidad y cantidad de las mercaderías. Si el comprador no hiciere el reconocimiento, se entenderá que renuncia a todo ulterior reclamo por falta de cantidad o defecto de calidad.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Ver art. 1489 del Código Civil.

<sup>219</sup> art. 146 del Código de Comercio.

**b) El producto con marca propia es adquirido en virtud de un contrato de Compraventa Mercantil:**

A diferencia del caso anterior, este planteamiento se sustenta en considerar las negociaciones que van desde el encargo de la elaboración del producto hasta la determinación final del objeto sobre el que recae el acto, como tratativas preliminares propias del contrato de compraventa. Ésta convención, por tanto, cubriría todo el *iter* contractual, sin necesidad de acudir a la figura de confección de obra.

Esta compraventa tendría el carácter de mercantil, y se asimilaría a la compraventa a la orden por los argumentos que se invocaron anteriormente; produciendo todos los efectos que en su oportunidad se mencionaron.

**2.1.2. Ventajas y desventajas de una y otra teoría:**

Sostener que en un primer momento las partes han convenido en un contrato de confección de obra, permite que los actos realizados con anterioridad al perfeccionamiento de la compraventa queden sujetos a la normativa propia de todo contrato, y en particular, a los efectos propios de los contratos bilaterales. Así, aún antes de que tenga lugar la compraventa, serán aplicables la condición resolutoria tácita, la teoría de la imprevisión, la teoría de los riesgos y, en general, todas las consecuencias jurídicas de la responsabilidad contractual.

Por otro lado, si convenimos en que es plenamente aplicable el art. 1996 del Código Civil, en orden a exigir una aprobación de la obra por parte de quien hizo el encargo, se presenta la desventaja de obstaculizar el comercio, haciendo complejo un acto en el cual debiera primar la flexibilidad y simpleza.

Si convenimos en que la compraventa mercantil se basta para explicar el acto por el cual el fabricante se obliga a confeccionar una obra, para luego venderla al que hizo el encargo, se presenta el inconveniente de considerar las negociaciones previas y el encargo en sí mismo como una mera tratativa, y por tanto, si no se ha perfeccionado aún la compraventa, no podremos aplicar las reglas de la responsabilidad contractual. Sin perjuicio de la posibilidad de hacer efectiva una responsabilidad precontractual, cuyo desarrollo excede el ámbito del presente trabajo.

Con todo, como señalamos, acudir derechamente a las reglas de la compraventa mercantil, omitiendo la existencia de una confección de obra, armoniza en mayor medida con la celeridad del comercio y la fluidez en el intercambio de bienes; por lo que, pensamos, se ajusta más a la realidad mercantil.

### **2.1.3. La marca y el producto.**

Nada de lo expuesto se altera si atendemos a la marca del producto y su titularidad.

Nuestro Código Civil contiene una referencia al derecho de dominio sobre bienes incorporeales distintos a los créditos, aplicable al caso.

El art. 584 dispone que: “las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por las leyes especiales.”

Las leyes especiales a que se refiere la norma, son actualmente la Ley 17.336, sobre Propiedad Intelectual, y al Ley 19.039, sobre Propiedad Industrial, a la que ya hemos hecho referencia.

La marca confiere a su titular el derecho exclusivo y excluyente de utilizarla en el tráfico económico en la forma que se le ha conferido y para distinguir los productos, servicios, establecimientos comerciales o industriales comprendidos en el registro.<sup>220</sup>

La misma ley señala que los derechos de propiedad industrial son transmisibles por causa de muerte y podrán ser objeto de toda clase de actos jurídicos. Por lo que nada impide la venta de ella.<sup>221</sup>

Al convenir acerca del objeto del contrato, las partes manifiestan su conformidad en que el dueño de la marca es el comprador, quien deberá proceder a inscribirla con los requisitos legales. Inscrita la marca y no habiéndose acogido oposición dentro de plazo, nada puede pretender el fabricante sobre ella.

## **2.2. La fabricación y adquisición del producto bajo marca propia, en el marco de una relación continua entre el fabricante y el supermercado dueño de la marca.**

Ya señalamos las razones económicas que mueven a un supermercado a comercializar sus marcas propias.

---

<sup>220</sup> Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, art. 19 bis D, ley 19.039 modificado por la ley 19.996.

<sup>221</sup> Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, art. 14, ley 19.039 modificado por la ley 19.996.

Naturalmente, no podrá alcanzar sus objetivos si no mantiene en el tiempo la colocación de sus productos en el mercado. Por ello, la relación con el fabricante de su marca propia perdurará mientras les resulte a ambas partes económicamente rentable.

Las partes podrán acordar con plena libertad las condiciones de venta, forma de pago, transporte, etc. que estimen convenientes. Sin embargo, para determinar el exacto sentido y alcance de sus obligaciones y el régimen legal aplicable en silencio de las partes, tenemos que determinar cuál es la naturaleza jurídica de esta relación.

Desde ya, descartamos la existencia de un contrato de suministro. En su momento convinimos que en Chile este contrato está asociado a la entrega de fluidos u otros servicios, normalmente de utilidad pública, que están continuamente a disposición del suministrado, carácter del que no participa esta figura.

Tampoco podemos encuadrar este negocio en el contrato de distribución, porque en éste la empresa fabricante elabora los productos para si misma, y utiliza al supermercado como un medio para colocar los productos de su marca en el mercado, lo que no ocurre en la figura que estamos analizando. Tanto es así, que muchas veces el fabricante de marca propia ni siquiera aparece mencionado en los envases o etiquetas de los productos que elabora.

En los TCGA elaborado por D&S no aparece referencia alguna a los fabricantes de marcas propias.

Con todo, pensamos que la suma de los diversos actos jurídicos que se celebran entre el supermercado y el fabricante, con ocasión de la elaboración de marcas propias, obedecen a una sola operación, por lo que se trataría de un acto jurídico complejo. Pero que sin embargo, no es posible de encuadrar en alguna figura conocida.

Por ello concluimos que, en caso de controversia, habrá que analizar primeramente lo convenido por las partes. Luego habrá que vislumbrar que actos han sido elevados a la categoría de esenciales por las partes, de manera que sin alguno o alguno de ellos, no hubiesen consentido en la operación. Así, el incumplimiento de una de las obligaciones que emana de un contrato en particular, podría afectar a toda la operación, atendida su indivisibilidad.

En lo demás, sólo cabe aplicar las normas específicas que regulan cada uno de los contratos que integran la operación.

## CONCLUSIONES

Siendo el derecho comercial una materia esencialmente plástica, no debe sorprendernos que la figura jurídica que se presenta entre supermercados y proveedores, con ocasión de la elaboración de mercaderías y su colocación en el mercado al detalle, que hemos denominado “Operación de Distribución Supermercadista”, no se encuentre regulada por nuestro Código de Comercio, por leyes especiales, ni tenga un tratamiento íntegro por parte de la doctrina.

La Operación de Distribución Supermercadista es fruto de las prácticas comerciales seguidas por los sujetos involucrados. Siendo, en consecuencia, la costumbre fuente inspiradora de su génesis y desarrollo.

Una norma jurídica, caracterizada por su rigidez y aplicabilidad general, difícilmente podría regular, en forma adecuada, una relación particularmente dinámica como ésta.

Por gozar de las virtudes de la flexibilidad y dinamismo requeridos, y carecer de los inconvenientes de la norma legal, el acuerdo entre las partes aparece como el instrumento idóneo para reglar sus específicas necesidades.

En este sentido, destacamos el esfuerzo de D&S por dar a esta operación un margen de certidumbre, haciendo de público conocimiento sus condiciones para contratar con los proveedores.

A través del presente trabajo, expusimos las figuras que, a nuestro juicio, componen esta operación y que vinculan directamente al proveedor con el retailer.

La base de la Operación de Distribución Supermercadista está constituida por el Contrato de Distribución, donde el supermercado actúa como distribuidor y el fabricante, importador o distribuidor mayorista, como proveedor.

Complementan esta figura base una serie de servicios y contratos que fueron tratados oportunamente.

La conducción de las mercaderías, según se vio, dará lugar a un contrato de transporte, en el evento en que se encargue a un tercero dicha conducción. En cambio, si es el supermercado quien se encarga de efectuar la conducción de las mercaderías, traspasándole el costo asociado al proveedor, estaremos ante un servicio ligado a la

Operación de Distribución Supermercadista, y no ante un contrato de transporte propiamente tal.

Otra figura examinada ha sido la reposición. Cuando el proveedor paga al supermercado un precio para que éste coloque las mercaderías en los espacios habilitados para su comercialización, estamos en presencia, a nuestro juicio, de un contrato de arrendamiento de servicio, con todas las consecuencias que esto significa.

Junto a ello, sostenemos que en la Operación analizada se verifica un contrato de arrendamiento de cosa cada vez que el Supermercado asume la obligación de otorgar el goce de un lugar preferencial en la góndola, para la colocación del producto de un proveedor, que paga un precio por tal ubicación.

El contrato publicitario es otra de las figuras que se integran en esta operación. En su virtud, el proveedor paga un precio al supermercado a fin de que éste efectúe una comunicación al público por un determinado medio, para informarlo y motivarlo a la adquisición o contratación de un bien o servicio del proveedor.

Todo lo anterior se complementa con la utilización de sistemas telemáticos de intercambio de información, que aplicados a esta relación dan lugar a la existencia de contratos electrónicos entre supermercados y proveedores. La ley 19.799, modificada por la ley 20.217, ha significado un gran paso para nuestro ordenamiento jurídico en su proyección hacia el mundo de la informática, regulando con detalle el valor probatorio de los documentos electrónicos y otras variadas materias que escapan al objetivo del presente trabajo.

Por otro lado, advertimos de contratos que en apariencia formarían parte de la Operación de Distribución Supermercadista, pero que en definitiva no concurren a ella por la falta de elementos típicos exigidos por nuestra legislación, como es el caso de la comisión mercantil, contrato que no se configura por la ausencia de un mandato comercial entre los sujetos intervinientes.

Otro punto relevante en la relación entre supermercados y proveedores ha sido el auge de las marcas propias, que permiten a los reitailers aumentar sus márgenes de ganancia, desvincularse de los proveedores y mejorar su posición al momento de contratar con los fabricantes.

La inserción de marcas propias en el mercado no ha estado exenta de polémica.

En varias oportunidades, con ocasión de la comercialización de productos con marca propia, los retailers han incurrido en atentados a la propiedad industrial, utilizando envases con características similares a productos líderes en su categoría, generando con ello lo que se ha denominado “dilución”, y que sea caracterizado como “un cáncer que crece alimentándose de la reputación de una marca ya establecida”. Así, el supermercado fortalece su marca, a costa del debilitamiento de otra conocida. El DFL N° 3 del año 2006, sobre Propiedad Industrial, se hace cargo de regular con gran detalle las consecuencias jurídicas de la imitación de marcas comerciales, estableciendo sanciones tanto civiles como penales para los infractores. Por otro lado, la dilución de marcas tradicionales, como consecuencia de su imitación en la elaboración de marcas propias, constituye un atentado contra la libre competencia conforme al D.F.L N° 1 del año 2004, y un acto de competencia desleal, a la luz de la ley 20.169. Así quedó establecido por la autoridad económica en el caso de Nestle con Unimarc, del año 2001. Siguiendo esta idea, no es lo mismo que en una góndola compitan productos de distintos proveedores, a que la competencia se de entre productos de un proveedor y productos del dueño de la góndola. En esta dirección, estimamos acertada la redacción del art. 10 de la ley que regula la competencia desleal, pues otorga un margen discrecional al juez, y le señala que deberá tomar en consideración la gravedad de la conducta, entre otros antecedentes, para zanjar la controversia e imponer las sanciones pertinentes.

Desde la perspectiva contractual, las marcas propias dan lugar a un vínculo jurídico, generador de derechos y obligaciones recíprocas entre el fabricante y el supermercado, cuando éste último encomienda al primero la elaboración de un producto que posteriormente etiquetará con su propia marca. Para determinar la naturaleza jurídica de este contrato nos hemos limitado a realizar un análisis teórico sobre la base de los elementos disponibles. A la luz de la legislación vigente, la doctrina y un razonamiento lógico jurídico, hemos planteado dos posibles respuestas. La primera enmarca esta figura dentro de lo que se conoce como Contrato de Confección de Obra, y que a su vez podrá generar mayores o menores exigencias según la interpretación que demos al inciso 1° del art. 1996 del Código Civil. La segunda respuesta se limita a circunscribir este acto dentro del contrato de compraventa mercantil, y más específicamente, en su modalidad de compraventa a la orden. Nos inclinamos por esta última opción, toda vez que armoniza de mejor forma con la agilidad que necesita el comercio.

Según nuestra apreciación, cuando la fabricación y adquisición de productos de marca propia se enmarca dentro de una relación permanente entre el fabricante y el proveedor, se constituye una operación conformada por varios actos ligados entre sí, que no es susceptible de encuadrarse en alguna institución tradicional. Es por ello que el contenido de esta operación ha de perfilarse atendiendo a la voluntad de las partes, y en defecto, a las normas particulares pertinentes aplicables a cada uno de los actos contenidos en ella.

A lo largo de este trabajo hemos sido testigos de la evolución en las relaciones entre proveedores y supermercados. Conocimos en detalle el antecedente que marcó un antes y un después en la relación comercial entre estos sujetos, dado por el caso de los chocolates Nestlé retirados por D&S. Como vimos, este hecho provocó la reacción de importantes proveedores instándolos a acudir como gremio ante la autoridad del ramo, exigiendo su intervención en una materia que hasta entonces había estado entregada principalmente a la libre contratación de las partes.

Estamos convencidos que el estudio de esta materia se abordó en un momento clave, atendido los importantes cambios vividos. El año 2004 fue de singular complejidad para la industria supermercadista. El Fiscal económico de la época, Don Pedro Mattar, sin matiz alguno consideró determinadas prácticas de los retailers como abusivas. Calificativo que fue ratificado por el TDLC mediante la sentencia 9/2004. A partir de entonces el escenario nunca volvió a ser el mismo para supermercados y proveedores. Las más importantes cadenas de retailers habían sido duramente reprendidas.

El clima se avizoraba hostil, los años que siguieron no fueron mejores. Mientras los más grandes proveedores abogaban por la creación de un código de buenas prácticas, D&S y CENCOSUD nuevamente habían entrado en conflicto con la FNE. Llegado el año 2007 la situación parecía insostenible, pero D&S llega a avenimiento con la FNE y publica sus TCGA, en un esfuerzo por dar certidumbre a esta operación. No obstante el mérito de este instrumento, haciendo de público conocimiento sus condiciones para contratar, resultó insuficiente, pues no involucró a todos los actores de la industria, ni reguló todos los efectos que emanan de considerar esta figura en su conjunto. Además, contiene cláusulas a lo menos cuestionables, como el cobro al proveedor por concepto de brecha, trasladándole el costo de un riesgo que no está en condiciones de evitar, en razón del hurto de mercaderías que son de propiedad del supermercado. Por lo demás, no podemos dejar de mencionar que el referido texto sólo cubre aspectos generales de la negociación, quedando

el resto sometido a los denominados “Acuerdo particulares complementarios”, cuyo tenor es desconocido para terceros.

No obstante lo anterior, se ha avanzado muchísimo a la hora de reglamentar la dinámica supermercadista. Actualmente los retailers se saben observados y los proveedores tienen mecanismos de defensa contra prácticas desleales.

Actualmente y gracias a la intervención de la autoridad económica, vivimos un clima de aparente paz en esta industria, tenemos un proyecto de código de buenas prácticas en camino, un documento que regula a grandes rasgos la contratación con los proveedores, legislación que sanciona la competencia desleal y, tal vez lo más importante, la voluntad de los principales actores en orden a contribuir con este clima, en aras del respeto a la libre y leal competencia.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Libros, Monografías y Memorias y Tesis consultadas:

1. **Alessandri Rodríguez, Arturo:** “*Derecho Civil: De los Contratos*”. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Santiago, 1988.
2. **Alessandri Rodríguez, Arturo:** “*Derecho Civil: De la Compraventa*” Sociedad Imprenta Litográfica Barcelona. Santiago de Chile, 1917.
3. **Ailawadi, K. L. y B. Harlam:** “An Empirical Analysis of the Determinants of Retail Margins: The Role of Store-Brand Share”. *Journal of Marketing*, Vol. 68, N° 1 (enero 2004).
4. **Baeza Ovalle, Gonzalo:** “*Derecho Comercial*” Editorial Lexis Nexis. Tomo I y III. Santiago de Chile, 2003.
5. **Barbero, Doménico:** “*Sistema del Derecho Privado*”. Vol. IV. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires, 1967
6. **Bergstein, Jonás.** “*La extinción del contrato de distribución*”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1996.
7. **Carrasco Blanc, Humberto:** “*Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*”. Editorial La Ley, Santiago de Chile, 1999.
8. **Casarino Viterbo, Mario:** “*Manual de Derecho Procesal*” Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002.
9. **Domper Rodríguez, María de la Luz:** “*Análisis económico de la sentencia del Tribunal de la Libre Competencia respecto del comportamiento de los supermercados*”. Sentencias Destacadas: Anuario de Jurisprudencia, Una Mirada Desde la Perspectiva de las Políticas Públicas. Editorial Libromar Ltda. Santiago, 2004.
10. **Eyzaguirre Echeverría, Rafael.** “*Contrato de Transporte y Nociones de Derecho Marítimo y Aéreo*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1980.
11. **Farina M., Juan:** “*Contratos Comerciales Modernos*”. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1994.
12. **Farris, P. y K. Ailawadi:** “*Retail Power: Monster or Mouse?*” *Journal of Retailing*, Vol. 68, N° 4 (1992).

13. **Fell Padilla, Victoria Elizabeth:** “*Contrato de Suministro*”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción, 2004.
14. **Fisher, Stanley , Dornbusch, Rudiger y Schmalensee, Richard:** “*Economía*”. Editorial McGraw-Hill. Santiago, 1989.
15. **Francois Dupuy y Jean-Claude Thoenig** “*La Marca y el Intercambio*” Editorial Civitas. Madrid, 1999.
16. **Fredes Hellebauto, Melanie Muriel:** “*Los contratos mercantiles atípicos en la comunidad europea y su posible influencia en el derecho chileno*”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción, 2004.
17. **Jijena Levia, Renato:** “*Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002.
18. **Konig Vázquez, Alejandro René:** “*Marcas Propias: ¿Amenaza u Oportunidad? Un Análisis De Los Efectos Que Provoca En El Productor, Distribuidor y Consumidor*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias de la Administración de Empresas y al Título de Ingeniero Comercial. Universidad de Valparaíso, 2000.
19. **Lira Domínguez, María Loreto:** “*Cambios en la Industria de los Supermercados*” Centros de Estudios Públicos. Santiago, 2005.
20. **López Santa María, Jorge:** “*Los Contratos. Parte General*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1986.
21. **Martínez Medrano, Gabriel:** “*Control de los monopolios y Defensa de la Competencia*”. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires, 2002
22. **Marzorati Osvaldo:** “*Sistemas de Distribución Comercial*”. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990.
23. **Messineo, Francesco:** “*Manual de Derecho Civil y Comercial*”. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires, 1979.
24. **Nallar Kauak, Gabriela y Stefanelli Dachena, Claudio Andrés:** “*Las Marcas Propias en Chile: Estado Actual de su Uso y Proyecciones Futuras: Un Análisis Sectorial*”. Seminario para optar al título de ingeniero comercial. Universidad Diego Portales, Facultad de Ciencias Administrativas. Santiago, 1999.

25. **Olavarría A., Julio:** “*Manual de Derecho Comercial*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1956.
26. **Olivera Ortiz, Juan Esteban:** “*Marcas Propias y B-Brands. Fenómeno Puntual o Permanente*”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias en la administración de empresas y al título de Ingeniero comercial. Universidad de Valparaíso, Facultad de ciencias económicas y administrativas. Valparaíso, 2004
27. **Ouelí Juárez, Ivonne Carolina.** “*La Terminación ilícita del Contrato de Distribución Mercantil*”. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1998.
28. **Orrego Acuña, Juan Andrés:** “*El contrato de arrendamiento*”, Metropolitana Ediciones. Santiago, 2003.
29. **Ortiz Padilla, Marisol:** “*Competencia desleal, individualidad y concurrencia frente a otras disciplinas. Situación en Chile*”. Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2007.
30. **Palma Rogers, Gabriel:** “*Derecho Comercial*”. Apuntes de clases redactados por H. Guerra y A. Gaete, Tomo II. Imprenta El Esfuerzo, Santiago, 1936.
31. **Parga Gazitúa, José.** “*Derecho comercial*” Tomo I.. Editorial Distribuidora Forense Limitada. Santiago de Chile, 1993.
32. **Peuriot Canterini, Luis F.:** “*Conocimientos de embarque electrónico, con especial referencia a Bolero*” en Estudios de Derecho Marítimo. Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2004.
33. **Puelma Accorsi, Álvaro:** “*Contratación Comercial Moderna*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992
34. **Putsis, William y Cotterill, Ronald.:** “Share, Price and Category Expenditure-Geographic Markets Effects and Private Labels”. *Managerial and Decision Economics*, Vol. 20.
35. **Ramos Pazos, René:** “*De las Obligaciones*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999.
36. **Recabarren, José Luis:** “*El Aprovechamiento y el Suministro Mercantiles*”. Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Concepción, 1991.
37. **Revista de la Distribución Comercial**, número 105 del año 1997.

- 38. Richardson, Paul, Arun K. Jain, and A. Dick,** "The Influence of Store Aesthetics on Evaluation of Private Label Brands." *Journal of Product and Brand Management*.. Vol: 5, Sección 1. Bradfor (Reino Unido), 1996.
- 39. Sandoval López, Ricardo:** “*Contratos Mercantiles*”, Tomo I y II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003.
- 40. Sandoval López, Ricardo:** “*Derecho Comercial*”, Tomo I, Volumen I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2005.
- 41. Sandoval López, Ricardo:** “*Nuevas Operaciones Mercantiles*”. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2004.
- 42. Spota, Alberto:** “*Contratos Instituciones de derecho civil*” Editorial Astrea. Buenos Aires, 1984.
- 43. Triviño Salamanca, Carlos Alex.** “*Análisis del Impacto de las Marcas privadas en la Industria de los Supermercados, El Caso Chileno*”. Memoria para optar al título de ingeniero comercial. Universidad Federico Santa María, Departamento de Industrias. Valparaíso, 2003.
- 44. Varela, Raúl:** “*Derecho Comercial*”. Tomo I, Editorial Universitaria. Santiago, 1962.
- 45. Vial del Río, Víctor.** “*La Tradición y la Prescripción adquisitiva como Modo de adquirir el Dominio*”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2003.
- 46. Winter D, Magdalena.** “*Elaborado y envasado por: Quién está detrás de las marcas propias*”. Economía y Negocios, El Mercurio. (14/8/2006).
- 47. Zavala O., José Luis y Montecinos F., Carolina:** “*Nueva Ley de Subcontratación*”. Editorial Puntotex S.A. Santiago, 2006.

## **II. Textos Legales Consultados:**

### **Nacionales**

1. Código de Comercio.
2. Código Civil.
3. Código del Trabajo.
4. DFL N° 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, de Defensa de la Libre Competencia. (Diario Oficial 7/3/2004). Ministerio de Economía, Fomento y reconstrucción.

5. DFL. N° 3. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial. (Diario Oficial 20/6/2006). Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción.
6. Ley N° 19.983. Regula la Transferencia y otorga Mérito Ejecutivo a la Copia de la Factura. (Diario Oficial 15/12/2004). Ministerio de Hacienda.
7. Ley N° 19.799. Sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica, y Servicios de Certificación de dicha Firma. (Diario Oficial 12/4/2002). Ministerio de Economía Fomento y reconstrucción.
8. Ley N° 20.169. Regula la Competencia Desleal. (Diario Oficial 16/2/2007). Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

### **Extranjeros.**

1. Código Civil de Perú.
2. Código de Comercio de Bolivia.
3. Código de Comercio de Colombia.
4. Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de Argentina.
5. Código de Buenas Prácticas Comerciales de Argentina.

### **III. Páginas Web consultadas:** (última consulta: 27 de Noviembre de 2007)

1. Alonso Soto, Ricardo: “*La Oferta Comercial, Los Precios y el pago a proveedores en la Nueva Regulación Del Comercio Minorista*”:  
<[www.uam.es/personal\\_pdi/derecho/bbagooria/Hoja%20Web%20RJM/ras%20-%20Oferta%20comercial.pdf](http://www.uam.es/personal_pdi/derecho/bbagooria/Hoja%20Web%20RJM/ras%20-%20Oferta%20comercial.pdf)>
2. American Marketing Association: <[www.marketingpower.com](http://www.marketingpower.com)>
3. Asociación de Abogados de Buenos Aires.  
<<http://www.aaba.org.ar/bi070002.htm#obra>>
4. Asociación Gremial de Supermercados de Chile. <[www.asach.com](http://www.asach.com)>
5. Real Academia de la Lengua Española. <<http://buscon.rae.es/draeI/>>
6. Bosch, Máximo; Montoya Ricardo e Iinostroza, Rodrigo: “Estudio de los efectos de la Introducción de un producto de Marca Propia en una Cadena de Retail”:  
<[www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges46.pdf](http://www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges46.pdf)>
7. Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo. <[www.cep.cl](http://www.cep.cl)>

8. Centro de Estudios Financieros. <[www.contabilidad.tk](http://www.contabilidad.tk)>
9. Dellafiori Albala, Gianni y Urzúa Edwards, Francisco: “*Marcas Propias y Dilución*”, <[www.captura.uchile.cl](http://www.captura.uchile.cl)>
10. Preguntas y Respuestas de derecho Comercial Uruguayo. <[www.derechocomercial.edu.uy](http://www.derechocomercial.edu.uy)>
11. Departamento de Propiedad Industrial: <<http://www.dpi.cl/default.asp?cuerpo=495>>
12. Distribución y servicio S.A. D&S. <[www.dys.cl](http://www.dys.cl)>
13. El Mercurio. <[www.elmercurio.cl](http://www.elmercurio.cl)>
14. Edi-Trade S.A. <[www.editrade.cl](http://www.editrade.cl)>
15. e-marcaspropias.com. Instituto Latinoamericano de Canales de Distribución. <[www.e-marcaspropias.com](http://www.e-marcaspropias.com)>
16. Estrategia on line. <[www.estrategia.cl](http://www.estrategia.cl)>
17. Diario Financiero. <[www.diariofinanciero.cl](http://www.diariofinanciero.cl)>
18. Empresa Argentina de Cobranza: “*Ventas en Retail*”: <[www.emacsa.com.ar/news/ventas%20en%20retail.pdf](http://www.emacsa.com.ar/news/ventas%20en%20retail.pdf)>
19. Fiscalía Nacional Económica. <[www.fne.cl](http://www.fne.cl)>
20. “Impacto de los Supermercados Sobre el Sistema Agroalimentario”: <[www.rimisp.org/getdoc.php?docid=1797](http://www.rimisp.org/getdoc.php?docid=1797)>
21. “La industria de los supermercados en Chile: En Busca de Mejores Márgenes”: <[www.feller-rate.cl/general2/articulos/Supermercados%20VR%200109.pdf](http://www.feller-rate.cl/general2/articulos/Supermercados%20VR%200109.pdf)>
22. “Las Prácticas de los Supermercados”: <[www.agribusinessaccountability.org/pdfs/306\\_Concerns-about-Supermarket-Practices-Spanish.pdf](http://www.agribusinessaccountability.org/pdfs/306_Concerns-about-Supermarket-Practices-Spanish.pdf)>
23. Martínez Medrano, Gabriel Alejandro y Soucasse Gabriela: “*La Marca Blanca y la Venta a Pérdida*”: <http://www.dpi.bioetica.org/medrano4.htm>
24. Pinochet Olave, Ruperto. “*La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico*”. Ius et Praxis. [online]. 2005, vol.11, no.2. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000200009&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200009&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012.
25. Sargent y Krahn. “*Boletín informativo. Las Acciones Civiles en la Nueva Ley de Propiedad Industrial*” Junio 2006. <<http://www.sargent.cl/boletin/BSK200606.pdf>>

**26.** Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. <<http://www.tdlc.cl>>

## ANEXOS



**TÉRMINOS Y CONDICIONES GENERALES**  
**DE**  
**APROVISIONAMIENTO DE MERCADERÍAS**

**Distribución y Servicio D&S S.A.**  
**Santiago, mayo de 2007**

## TABLA DE CONTENIDOS

ANTECEDENTES .....	3
I. CONSIDERACIONES GENERALES .....	4
PRIMERO: Objeto y Publicidad. ....	4
SEGUNDO: Ámbito de Aplicación y Cesibilidad. ....	4
TERCERO: Definiciones. ....	5
II. APROVISIONAMIENTO DE LOS PRODUCTOS .....	10
CUARTO: Órdenes de Compra. ....	10
QUINTO: Precios, Facturación y Pago por la Adquisición de Productos. ....	11
SEXTO: Entrega, Almacenamiento, Transporte y Distribución de Productos. ....	12
SÉPTIMO: Exhibición de los Productos en las Salas de Venta de los Supermercados. ....	13
OCTAVO: Reposición de los Productos. ....	13
III. COBROS A LOS PROVEEDORES .....	16
NOVENO: Cobros a los Proveedores. ....	16
DÉCIMO: Promociones y Exhibiciones Especiales. ....	19
UNDÉCIMO: Facturación y Pago. ....	21
DUODÉCIMO: APC.....	21
IV. CALIDAD DE LOS PRODUCTOS, ENVASES Y ETIQUETADO.....	23
DECIMOTERCERO: Elaboración o Fabricación de los Productos. ....	23
DECIMOCUARTO: Envases, Rotulado y Etiquetado de los Productos. ....	23
DECIMOQUINTO: Responsabilidad por los Productos y Envases. ....	24
DECIMOSEXTO: Productos Rechazados o Devueltos. ....	25
DECIMOSÉPTIMO: Responsabilidad General del Proveedor. ....	25
V. CONDUCTAS LEALES Y DE BUENA FE.....	26
DECIMOCTAVO: Principios de Lealtad Recíproca y Buena Fe. ....	26
DECIMONOVENO: Prohibición de Tratativas Ilícitas. ....	26
VI. DEFENSORÍA DEL PROVEEDOR .....	27
VIGÉSIMO: Objeto de la Defensoría del Proveedor.....	27
VIGÉSIMO PRIMERO: Organización de la Defensoría y Funcionamiento.....	27
VIGÉSIMO SEGUNDO: Competencia de la Defensoría.....	27
VIGÉSIMO TERCERO: Procedimiento. ....	28
VIGÉSIMO CUARTO: Confidencialidad del Procedimiento. ....	29
VII. VIGENCIA Y MODIFICACIONES DE LOS TCGA Y APC .....	30
VIGÉSIMO QUINTO: Vigencia de los TCGA. ....	30
VIGÉSIMO SEXTO: Vigencia de los APC.....	30
VIGÉSIMO SÉPTIMO: Modificaciones, Plazos y Procedimientos. ....	30

## ANTECEDENTES

1. Los valores de D&S son: **i) Respeto** por las Personas; **ii) Calidad** en el Servicio; y, **iii) Búsqueda de la Excelencia**.
2. D&S tiene la convicción de que su éxito empresarial y el de sus Proveedores están recíprocamente relacionados. Por tanto, ésta y aquellos tienen interés común en promover actividades que tiendan a aumentar el nivel de ventas de los Supermercados, dentro de un marco de sana competencia.
3. Para D&S resulta fundamental que las relaciones con sus Proveedores se rijan por los principios de respeto de la libre competencia, buena fe y lealtad, conciliando aquello con: **i)** la circunstancia de que la industria supermercadista y D&S no están sometidos a una regulación especial; y, **ii)** la libertad de D&S para desarrollar sus actividades económicas.
4. D&S tiene interés en establecer términos y condiciones transparentes, generales, objetivas y conocidas con antelación, a las que se sujeten las relaciones con sus Proveedores. Ello, sin perjuicio de reglas especiales para los Proveedores de Menor Tamaño y de los acuerdos específicos que, dentro de aquel marco general, se pacten con cada Proveedor.
5. D&S entiende la misión e importancia de las pequeñas y medianas empresas. Por lo tanto, desarrolla actividades de responsabilidad social que tiendan a incentivar y fomentar la comercialización de los Productos de éstas en los Supermercados, así como apoyar el emprendimiento y la innovación de las mismas.
6. Tanto D&S como sus Proveedores tienen interés en contar con un sistema de solución de controversias eficiente y que sea acorde con el dinamismo de las relaciones entre ambas partes, de manera tal que se genere un ambiente que facilite el entendimiento y permita el desarrollo fluido de las relaciones entre ellos.

# **I. CONSIDERACIONES GENERALES**

## **PRIMERO: Objeto y Publicidad.**

- 1.1. El objeto del presente instrumento es establecer los términos y condiciones transparentes, generales, objetivas y conocidas con antelación, que rigen las relaciones de D&S con sus Proveedores. En razón de lo anterior, este documento contiene íntegramente los TCGA.
- 1.2. Este instrumento es público, de forma tal que a él tengan fácil acceso todos los Proveedores y quienes en el futuro deseen serlo. Para estos efectos, D&S lo exhibirá en forma permanente y actualizada en su sitio web.

## **SEGUNDO: Ámbito de Aplicación y Cesibilidad.**

- 2.1. Los TCGA son aplicables a todas las adquisiciones de Productos que D&S efectúa a sus Proveedores. Asimismo, los TCGA son aplicables a todos los servicios que D&S presta a los Proveedores y a todos los cobros que efectúa a los mismos, como parte de las actividades que desarrolla en relación con la distribución y comercialización de los Productos.
- 2.2. Los TCGA reciben aplicación específica con todos y cada uno de los Acuerdos Particulares Complementarios o APC que detallan el modo en que los TCGA se aplican respecto del Proveedor del caso, así como con las prácticas comerciales aplicables a las relaciones entre D&S y los Proveedores. La relación comercial entre D&S y los Proveedores se regirá por el siguiente orden de prelación: primero los APC, luego los TCGA y finalmente las referidas prácticas comerciales.
- 2.3. Los TCGA no se aplican a las adquisiciones de bienes que D&S realiza y cuyo destino sea distinto al de su comercialización al público a través de los Supermercados. Tampoco se aplican a los servicios que D&S contrata o presta, o a los cobros que efectúa, en la medida que no se relacionan con la distribución y comercialización de los Productos en los Supermercados.
- 2.4. D&S es la matriz de una serie de personas jurídicas a través de las cuales explota indirectamente los Supermercados. Tales personas jurídicas, a las que se aplican los TCGA y los APC, tienen el carácter de Filiales D&S. En consecuencia, D&S no mantiene vínculos comerciales o contractuales directos con los Proveedores relacionados con la explotación u operación de los Supermercados. La emisión de este instrumento por D&S no constituye un vínculo o relación contractual directo entre D&S y los Proveedores, sino que se realiza con el fin de asegurar que D&S cause que todas y cada una de las Filiales D&S den cumplimiento íntegro, cabal y oportuno a los TCGA y a los APC. En consecuencia, las relaciones comerciales y contractuales directas que quedan sujetas a los TCGA y los APC

se darán entre las Filiales D&S con las que las mismas se establezcan, por una parte, y los Proveedores, por la otra.

- 2.5. Las Filiales D&S con las que se establezcan las relaciones comerciales y contractuales regidas por los TCGA y los APC podrán ceder libremente sus derechos y/u obligaciones bajo los mismos, sin necesidad de consentimiento de los Proveedores, a D&S o a cualquier Filial D&S. Los Proveedores no podrán ceder sus derechos y/u obligaciones emanados de las relaciones comerciales y contractuales regidas por los TCGA y los APC sin consentimiento previo, expreso, específico y escrito de D&S y de aquella Filial D&S con la cual tales relaciones comerciales y contractuales se hubieren establecido.
- 2.6. La emisión y publicación de los presentes TCGA no implica una obligación continua en el tiempo para D&S, las Filiales D&S o los Supermercados, de requerir Aprovisionamiento de parte de los Proveedores. Estos TCGA son emitidos con el objetivo de regular de manera transparente, general, objetiva y conocida con antelación, el régimen aplicable al Aprovisionamiento que se requiera de los Proveedores a través de las Órdenes de Compra. En consecuencia, nada de lo expresado en estos TCGA o en los APC, ni el hecho de haber requerido Aprovisionamiento en el pasado o requerirlo en el futuro de parte de un Proveedor mediante la emisión de Órdenes de Compra, sin importar su número, monto o el período de tiempo durante el cual se hubieren emitido, constituye una obligación de parte de D&S, las Filiales D&S o los Supermercados de adquirir o continuar adquiriendo Productos de parte de Proveedor alguno.

### **TERCERO: Definiciones.**

- 3.1. Para efectos de este instrumento, los términos que se indican más adelante tienen los significados que en cada caso se les atribuyen.
- 3.2. Los términos definidos tienen los significados que se les adscriben, independientemente de su uso en singular o en plural, en género masculino o femenino o de cualquier forma o composición gramatical o sintáctica que sea necesaria para la adecuada redacción y comprensión de este instrumento.
- 3.3. Los términos definidos tienen los significados que se les atribuyen, cualquiera sea la parte de este instrumento en que son empleados, ya sea antes o después de haber sido definidos.

**“Administración por Categoría”**: es el sistema de organización y presentación de Productos en góndolas utilizado en las salas de venta de los Supermercados, que se basa en la Categoría de los Productos, sin distinción por sus marcas.

**“APC” o “Acuerdos Particulares Complementarios”**: son los acuerdos particulares que se suscribirán por los Proveedores en complemento a los TCGA, conforme al documento estándar de Acuerdos Particulares Complementarios informado al público que se encuentre vigente a la época de su suscripción.

“**Aprovisionamiento**”: es la acción y efecto de la entrega, aprovisionamiento o suministro de Productos en forma eventual, ocasional, esporádica o periódica por parte de un Proveedor.

“**Categoría**”: significa aquella agrupación de Productos identificables como similares por los consumidores de los mismos y que presentan un razonable nivel de sustitución entre sí.

“**Centro de Distribución**”: significa cualquier central de recepción, distribución y despacho de Productos que actualmente o en el futuro sean operados por D&S, una Filial D&S o terceros por cuenta de D&S.

“**Comercial D&S**”: es el apelativo que en este documento recibe Comercial D&S S.A., sociedad anónima cerrada domiciliada en Avenida Presidente Eduardo Frei Montalva N° 8.301, comuna de Quilicura, Santiago, con rol único tributario número 96.829.710-4 Comercial D&S es una Filial D&S.

“**Compras**” o “**Sell In**”: precio al que los Proveedores venden sus Productos a las Filiales D&S multiplicado por el número de dichos Productos.

“**Defensoría del Proveedor**” o “**Defensoría**”: es el organismo dependiente de la Contraloría Corporativa de D&S cuyo objetivo es prevenir, acoger y resolver, de manera imparcial, objetiva, de buena fe y en carácter de mediador, cualquier dificultad o controversia que se produzca entre D&S, las Filiales D&S y los Supermercados, de una parte, y uno cualquiera o más de los Proveedores, respecto del Aprovisionamiento y cualesquiera relaciones reguladas en los TCGA y los APC.

“**D&S**”: es el apelativo que en este documento recibe Distribución y Servicio D&S S.A., sociedad anónima abierta domiciliada en Avenida Presidente Eduardo Frei Montalva N° 8.301, comuna de Quilicura, Santiago, con rol único tributario número 96.439.000-2.

“**Envase**”: cualquier clase de envase, envoltorio, caja, paquete, pallets y demás elementos de continencia, protección, manipulación, presentación, contención, embalaje y/o transporte de los Productos.

“**Fechas de Corte**”: fechas de pago correspondientes a los mismos dos días distintos de cada mes que, de acuerdo al sistema de pagos de D&S, son asignadas a cada Proveedor.

“**Formulario de Reclamo ante la Defensoría**”: es aquel documento estándar por medio del cual un Proveedor presenta un reclamo por escrito ante la Defensoría del Proveedor, el que estará disponible en la página web de D&S.

“**Filial D&S**”: cualquier persona jurídica que conforme a la Ley de Sociedades Anónimas, sea una filial directa o indirecta de D&S, y que hubiera establecido una relación comercial con Proveedores regida por los TCGA y los APC pertinentes.

**“Inforetail”**: plataforma de gestión e información utilizada por las Filiales D&S para interactuar con los Proveedores, vía acceso a una página web. Actualmente es de acceso gratuito para los Proveedores. Cuenta con información actualizada diariamente de ventas, indicadores de abastecimiento, inventarios, Niveles de Entrega, actividades promocionales contratadas, cartolas y cuentas corrientes, entre otros.

**“IVA”**: impuesto al valor agregado, según del mismo se trata en el Decreto Ley número 825 de 1974 del Ministerio de Hacienda y sus modificaciones posteriores, o cualquier otro cuerpo legal o norma que en el futuro lo reemplace o haga sus veces.

**“Nivel de Abastecimiento”, “Nivel de Entrega” o “Fill Rate”**: porcentaje de Productos efectivamente recibidos de parte del Proveedor en los Centros de Distribución o los Supermercados según corresponda, en forma oportuna de acuerdo a lo dispuesto en la Orden de Compra, respecto del total de Productos solicitados al Proveedor en la correspondiente Orden de Compra.

**“Nivel de Servicio en Góndola”**: porcentaje de los Productos determinados por D&S o las Filiales D&S para cada Supermercado, de acuerdo al sistema de Administración por Categoría, que efectivamente se encuentren disponibles para los clientes en las góndolas de los Supermercados en el momento en que aquellos concurren a dichos establecimientos a realizar sus compras.

**“Orden de Compra”**: medio escrito, emitido por una Filial D&S conforme a los usos mercantiles y sus prácticas habituales, en cualquier medio o soporte en el que el mismo se registre, del que consta la intención inequívoca de dicha Filial D&S de adquirir, de parte del Proveedor del caso, los Productos que en la respectiva orden se establecen.

**“Precio a Público”**: precio al que se venden los Productos a los consumidores finales en los Supermercados.

**“Precio de Transferencia”**: precio al que se traspasan los Productos desde los Centros de Distribución a los Supermercados.

**“Pretensión”**: cualquier reclamo, acción o demanda, sea judicial o extrajudicial, por medio de la cual un tercero persigue obtener compulsivamente de parte de D&S o de una Filial D&S una prestación de dar, hacer o no hacer.

**“Productos”**: todos y cualesquiera bienes físicos que una Filial D&S adquiera de un Proveedor con el fin de venderlos al público a través de los Supermercados.

**“Promoción”**: acción comercial de las Filiales D&S de carácter transitorio, cualquiera sea su forma de difusión, consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios en condiciones más favorables que las habituales, sea a través de una rebaja transitoria en el precio u otro beneficio para el consumidor.

**“Proveedor”**: toda y cualquier persona natural o jurídica, con domicilio en el territorio de la República de Chile, que por causa de una Orden de Compra aprovisione de Productos a una o más Filiales D&S, en forma eventual, ocasional, esporádica o periódica. El término Proveedor, sin otra distinción, incluye a los Proveedores de Menor Tamaño.

**“Proveedores de Menor Tamaño”**: Proveedores que, por concepto de Aprovisionamiento, realicen ventas de los mismos a las Filiales D&S por un monto anual total igual o inferior al equivalente en pesos a 60.000 UF, excluido el importe que corresponda al IVA. También se considerará Proveedor de Menor Tamaño el nuevo Proveedor, hasta el mes siguiente a aquel en que, por concepto de venta de mercaderías a los Supermercados, facture en el mes, una suma superior al equivalente en pesos a 5.000 UF, excluido el importe que corresponda al IVA. Una vez que el nuevo Proveedor complete un año en tal calidad, se estará a la regla general antes dada. Con todo, no será considerado Proveedor de Menor Tamaño aquel Proveedor cuyas ventas totales anuales excedan al equivalente en pesos a 100.000 UF, excluido el importe que corresponda al IVA.

Para los efectos de la definición de Proveedor de Menor Tamaño, se entenderá que son un mismo Proveedor: **i)** una sociedad y sus filiales; **ii)** las empresas individuales de responsabilidad limitada y su respectivo empresario individual de responsabilidad limitada; y, **iii)** las diversas personas naturales o jurídicas en las que un Proveedor se divida o divida sus ventas a las Filiales D&S, pudiendo actuar comercial y operacionalmente bajo una misma entidad que por sí, no calificaría como Proveedor de Menor Tamaño.

Los Proveedores de Menor Tamaño deberán acreditar en forma previa y anual a D&S su calidad de tales, para efectos de serles aplicable el régimen de Proveedor de Menor Tamaño contemplado en este documento.

**“Registro de Reclamos de la Defensoría”**: registro que D&S mantendrá disponible en sus oficinas y de público acceso, en el que se consignará la individualización de los Proveedores que formulen reclamos ante la Defensoría del Proveedor y la fecha de su presentación, una vez admitido a tramitación el respectivo reclamo.

**“Registro de Resoluciones de la Defensoría”**: registro especial llevado por la Defensoría del Proveedor, disponible en sus oficinas y de público acceso, en la que se archivarán todas las resoluciones dictadas por la Defensoría del Proveedor, mediante las cuales se haya puesto término a un reclamo deducido ante esta instancia por un Proveedor.

**“Reposición”** o **“Servicio de Reposición”**: acción y efecto de colocar mercaderías en los espacios habilitados para su comercialización en una sala de ventas de un Supermercado, en los lugares determinados por las Filiales D&S, por el hecho de faltar dichas mercaderías o ser necesario su reemplazo por razón de haber sido tomadas por un cliente o cualquier otra causa.

**“Reposición Interna”**: es aquella Reposición que efectúa D&S o una Filial D&S

cualquiera, mediante trabajadores propios o de terceros.

**“Reposición Propia”**: es aquella Reposición que efectúa un Proveedor en los Supermercados LIDER, respecto de sus propios Productos, mediante trabajadores propios o de terceros.

**“Sentencia Aprobatoria”**: Sentencia de fecha 17 de enero de 2007 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que aprobó el avenimiento suscrito por D&S y la Fiscalía Nacional Económica.

**“Supermercados”**: supermercados pertenecientes, controlados, explotados o administrados directa o indirectamente por D&S y las Filiales D&S.

**“Supermercados LIDER”**: los Supermercados que funcionan bajo la marca LIDER.

**“TCGA”** o **“Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento”**: términos y condiciones generales de Aprovisionamiento bajo los cuales las Filiales D&S adquirirán los Productos de los Proveedores, y éstos los Aprovisionarán a las Filiales D&S.

**“UF”**: unidad de fomento, es decir, aquella medida reajutable de indexación monetaria determinada diariamente por el Banco Central en la forma establecida por el Decreto Supremo N° 613 del 14 de julio de 1977, o cualquier otro cuerpo legal o norma que en el futuro lo reemplace o haga sus veces.

**“Ventas”** o **“Sell Out”**: precio al que las Filiales D&S compran a los Proveedores sus Productos multiplicado por el número de dichos Productos vendidos a los consumidores finales en los Supermercados.

## II. APROVISIONAMIENTO DE LOS PRODUCTOS

### CUARTO: Órdenes de Compra.

- 4.1. Las Filiales D&S solicitarán el Aprovisionamiento de los Productos mediante la emisión de Órdenes de Compra a los respectivos Proveedores.
- 4.2. Las Órdenes de Compra deberán indicar, a lo menos, lo siguiente: **i)** fechas de emisión y vencimiento de la Orden de Compra; **ii)** individualización del Proveedor; **iii)** identificación del Producto requerido; **iv)** cantidad de unidades del Producto requerido; **v)** lugar y fecha de entrega del pedido; **vi)** precio de los Productos requeridos, según el mismo hubiere sido negociado entre las partes y salvo que el mismo conste de otro modo o en otro medio fehaciente; y, **vii)** cualquier otra condición del pedido o información relevante para el cumplimiento de la Orden de Compra que no conste de estos TCGA o un APC. Adicionalmente, en caso de así estimarlo conveniente la respectiva Filial D&S, se podrá indicar en las Órdenes de Compra la calidad del Producto requerido.
- 4.3. Las Órdenes de Compra deberán ser aceptadas por el respectivo Proveedor, en forma expresa o tácita, antes de la fecha de vencimiento contenida en las Órdenes de Compra de que se trate. Las Órdenes de Compra se entenderán expresamente aceptadas si el Proveedor manifiesta su conformidad, verbalmente o por cualquier medio escrito. Se entenderán tácitamente aceptadas si el Proveedor, sin antes haberla aceptado expresamente, la cumple o de cualquier otro modo manifiesta conformidad con sus términos.
- 4.4. En caso de transcurrir el plazo indicado anteriormente sin que la Orden de Compra haya sido aceptada, la Filial D&S quedará liberada de toda obligación a su respecto. Sin perjuicio de ello, y atendida la importancia particular y social de asegurar el aprovisionamiento a los consumidores, la falta de aceptación de una Orden de Compra se mirará como una circunstancia que afecta la posibilidad de establecer o mantener una relación confiable con el respectivo Proveedor.
- 4.5. Aceptada una Orden de Compra, el Proveedor no podrá excusarse de cumplirla sino por caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso deberá notificar estas circunstancias en forma inmediata y por escrito a la Filial D&S correspondiente, quedando ambas partes en el acto liberadas de las obligaciones derivadas de la Orden de Compra pertinente.
- 4.6. Los Proveedores deberán cumplir fiel y oportunamente las Órdenes de Compra aceptadas, considerando para tales efectos lo indicado en ellas, en estos TCGA y en los APC que sean aplicables. Los costos que implique el cumplimiento de las Órdenes de Compra serán de cargo y responsabilidad exclusiva de los Proveedores.
- 4.7. Se entenderá que una Orden de Compra es ejecutada en forma fiel por el Proveedor si se cumplen los siguientes requisitos copulativos: **i)** los Productos entregados corresponden en género y especie a los que fueron requeridos; **ii)** la cantidad de los Productos entregados

corresponde exactamente a la requerida; **iii)** la calidad de los Productos entregados corresponde exactamente a la requerida o, en caso de no haberse establecido esta última en la Orden de Compra, aquélla corresponde a la indicada en la sección IV de estos TCGA; **iv)** el lugar en el que se realiza su entrega corresponde al indicado en la Orden de Compra; **v)** los Productos entregados se encuentran en adecuado estado de conservación, manipulación y vigencia; **vi)** la guía de despacho individualiza correctamente los Productos requeridos y entregados, en lo relativo a su identidad, cantidad y precio convenido; y, **vii)** se respetan las restantes condiciones del pedido o información relevante para el cumplimiento de la Orden de Compra, consignadas en la misma.

- 4.8. Se entenderá que una Orden de Compra es cumplida en forma oportuna si, además de cumplirse en forma fiel según lo indicado precedentemente, los Productos por ella requeridos son entregados en la fecha indicada en la misma y en los horarios de atención que D&S notifique a los Proveedores para efectos de ser realizada la entrega.
- 4.9. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, los Proveedores tendrán la obligación de dar constante cumplimiento a los Niveles de Abastecimiento o *Fill Rate* convenidos, caso a caso, con las Filiales D&S.
- 4.10. Los Proveedores no podrán ceder o traspasar las Órdenes de Compra, sin la autorización expresa de la Filial D&S que la hubiere emitido.

#### **QUINTO: Precios, Facturación y Pago por la Adquisición de Productos.**

- 5.1. Los precios conforme a los cuales serán adquiridos los Productos serán aquellos que consten en las Órdenes de Compra aceptadas por los Proveedores o en aquellos medios en que tales precios consten de otro modo fehaciente. Estos precios no podrán ser modificados sino por el acuerdo expreso y por escrito de las partes.
- 5.2. Los precios conforme a los cuales sean adquiridos los Productos deberán reflejarse fielmente en las guías de despacho y facturas que emitan a su respecto los Proveedores.
- 5.3. Los Proveedores deberán emitir sus facturas simultáneamente o con posterioridad a la entrega de sus Productos en los lugares indicados en las Órdenes de Compra, y por las cantidades de Productos y correspondientes precios de Compra que hubieren sido efectivamente entregados, según conste de los documentos de recepción de los mismos. Las facturas deberán entregarse en el lugar en que el Proveedor suministre los Productos, debiendo el Proveedor adjuntar los antecedentes que justifiquen su emisión y contenido, consistentes en las correspondientes Órdenes de Compra y en las guías de despacho. El contenido de las facturas podrá ser reclamado por las Filiales D&S, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.983, dentro del plazo de 30 días.
- 5.4. Las facturas emitidas por los Proveedores de Menor Tamaño, debidamente acreditados como tales, serán pagadas, a más tardar, en la primera Fecha de Corte siguiente al transcurso del plazo de 30 días corridos, contado desde la fecha de su recepción conforme.

En todo caso, las mencionadas Fechas de Corte no podrán retrasar el pago a los Proveedores de Menor Tamaño debidamente acreditados como tales, más allá de 15 días corridos desde el vencimiento de los 30 días corridos antes señalados.

Los Proveedores de Menor Tamaño deberán acreditar en forma previa y anual su calidad de tales, lo que deberán hacer antes del día 1° de junio de cada año, mediante la entrega de documentación (Vg., declaraciones mensuales de IVA por el período de doce meses anterior) que acredite fiel e inequívocamente que sus respectivas ventas totales anuales no hayan excedido al equivalente en pesos a 100.000 UFs, excluido el importe que corresponda al IVA. Esta documentación será utilizada única y exclusivamente para los efectos de calificar, o no, al Proveedor como Proveedor de Menor Tamaño, quedando prohibido utilizar esta información para otros fines no autorizados expresamente por el Proveedor.

- 5.5. El pago de las facturas de los Proveedores que no sean Proveedores de Menor tamaño debidamente acreditados como tales, se efectuará en la primera Fecha de Corte siguiente al plazo que de común acuerdo se determine y que conste de los respectivos APC.
- 5.6. Las facturas serán pagadas vía vale vista en las sucursales de los bancos con los que opere D&S o en aquella otra dirección que se informe con la debida anticipación a los Proveedores, o serán pagadas vía depósito en las cuentas corrientes bancarias de los Proveedores previamente informadas por éstos. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de que estas facturas sean pagadas a través de los medios electrónicos que sean implementados al efecto.

#### **SEXTO: Entrega, Almacenamiento, Transporte y Distribución de Productos.**

- 6.1. La entrega de los Productos requeridos en las Órdenes de Compra deberá efectuarse directamente por el Proveedor en el Centro de Distribución correspondiente o en los Supermercados, dependiendo de lo que se indique al efecto en las Órdenes de Compra.
- 6.2. La entrega de los Productos en un Centro de Distribución procederá respecto de aquellos Proveedores que hubieren convenido la modalidad centralizada de almacenamiento, transporte y distribución de los Productos requeridos, de lo cual se deberá dejar constancia en los correspondientes APC. Esta modalidad de almacenamiento, transporte y distribución centralizada implicará para el Proveedor que la convenga, asumir las siguientes obligaciones: **i)** dar cumplimiento a las normas y programas de despacho de los Centros de Distribución que se informen a los Proveedores; y, **ii)** remunerar oportunamente y de acuerdo a las tarifas convenidas en los correspondientes APC, el servicio de almacenamiento, transporte y distribución centralizada.
- 6.3. Los Proveedores a quienes no se preste el servicio de almacenamiento, transporte y distribución centralizado deberán entregar directamente los Productos en los Supermercados, en los días y horarios indicados en las correspondientes Órdenes de Compra. Se deja constancia de que los días y horarios en que los Proveedores podrán

entregar directamente sus Productos en los Supermercados serán determinados considerando criterios de eficiencia, racionalidad y calidad de servicio.

- 6.4. En las acciones de entrega, recepción, almacenamiento, transporte y distribución de Productos, los Proveedores y las Filiales D&S, según corresponda, deberán emplear el personal calificado y los medios que sean necesarios para la adecuada conservación física y mantención de las propiedades y características de los Productos, según su naturaleza.
- 6.5. El riesgo de pérdida de los Productos será de cargo del Proveedor en tanto éstos se encuentren bajo su custodia y cuidado. Una vez entregados los Productos, sea en un Centro de Distribución o en los Supermercados, el riesgo de pérdida será de cargo de la Filial D&S del caso, salvo que la eventual pérdida de los Productos sea imputable al Proveedor o que con el mismo se hubiere pactado otra estipulación respecto de las mermas, en cuyo caso se efectuarán los descuentos correspondientes por tal concepto, de conformidad a los acuerdos alcanzados a este respecto que consten en los respectivos APC.

#### **SÉPTIMO: Exhibición de los Productos en las Salas de Venta de los Supermercados.**

- 7.1. Los Productos serán exhibidos al público en las salas de venta de los Supermercados, para efectos de su comercialización, mediante su presentación en las góndolas y otras instalaciones de exhibición destinadas para tales efectos por D&S.
- 7.2. Las Filiales D&S determinarán la ubicación de los Productos en las góndolas y otras instalaciones, utilizando para ello el sistema de Administración por Categoría. El espacio que corresponda a cada Producto en la góndola o instalación en que se ubique su Categoría, será determinado por las Filiales D&S o los Supermercados correspondientes.
- 7.3. Sin perjuicio de lo anterior, los Proveedores podrán convenir la exhibición de sus Productos en aquellos espacios adicionales a las góndolas, determinados por las Filiales D&S o los respectivos Supermercados, que constituyan lugares de exhibición preferentes y privilegiados (y que como tales faciliten el incremento de las ventas del Proveedor de los Productos allí ubicados), en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en la cláusula décima de estos TCGA.

#### **OCTAVO: Reposición de los Productos.**

- 8.1. Los Productos serán repuestos en las góndolas mediante Reposición Interna. Sin perjuicio de ello, en los Supermercados LIDER los Proveedores podrán optar por reponer sus Productos a través de Reposición Propia.
- 8.2. La Reposición, sea Reposición Interna o Reposición Propia, deberá ser efectuada respetando fiel y estrictamente los espacios asignados previamente por las Filiales D&S correspondientes en las góndolas o en las restantes instalaciones adicionales acordadas promocionalmente y destinadas a la exhibición de Productos.

- 8.3.** La Reposición Propia deberá ser realizada dando cumplimiento a las siguientes obligaciones: **i)** emplear las mejores prácticas conocidas para obtener un Nivel de Servicio en Góndola que sea óptimo, de acuerdo a los estándares del mercado y de las Filiales D&S; **ii)** estar permanentemente preocupados de los quiebres de stock, debiendo adoptar oportunamente las medidas necesarias para lograr el inmediato llenado de las góndolas o de las restantes instalaciones de exhibición; **iii)** revisar periódicamente las fechas de vencimiento de sus Productos en las bodegas, góndolas y otras instalaciones de exhibición de los respectivos Supermercados, debiendo adoptar las medidas necesarias y oportunas para evitar la existencia de Productos vencidos en exhibición; **iv)** colaborar en la recepción de sus Productos en las bodegas de los respectivos Supermercados; **v)** responsabilizarse del orden y limpieza de las góndolas en que se ubiquen sus Productos, como también de todos los muebles ubicados en las dependencias de las bodegas y salas de ventas de los respectivos Supermercados cuyo uso esté destinado al almacenamiento y exhibición de los Productos del Proveedor respectivo; **vi)** entregar a las Filiales D&S la información relativa a los resultados de la Reposición Propia; **vii)** realizar las labores de Reposición Propia en los días y horarios que les sean informados por las Filiales D&S; **viii)** informar oportunamente al respectivo Supermercado, la identidad de las personas que realizarán las labores de Reposición Propia; **ix)** asegurar la asistencia del personal que efectúe labores de Reposición Propia en los horarios establecidos al efecto; **x)** proveer de personal de reemplazo en forma inmediata en caso que las personas que deban realizar las labores de Reposición Propia no se presenten en las oportunidades pertinentes; y, **xi)** no realizar actos que atenten en contra de la adecuada exhibición y comercialización de Productos de otros Proveedores o de marca propia. Las Filiales D&S y los Proveedores podrán pactar caso a caso los aspectos específicos necesarios para hacer operativas las obligaciones antes mencionadas. Los costos que implique la Reposición Propia serán de cargo y responsabilidad exclusiva del Proveedor.
- 8.4.** Los Proveedores que realicen Reposición Propia deberán asumir en forma exclusiva y sin ningún tipo de responsabilidad para D&S o cualquier Filial D&S: **i)** el cumplimiento de las normas laborales y previsionales respecto de los trabajadores que desarrollen las labores de Reposición Propia, por lo que toda la responsabilidad ante cualquier incumplimiento de tales normas será de cargo exclusivo del respectivo Proveedor; y, **ii)** el cumplimiento de todas las demás normas y deberes de cuidado a que estén sujetos los trabajadores que desarrollen las labores de Reposición Propia, de manera que el respectivo Proveedor responderá totalmente por los actos y omisiones del personal que realice las labores de Reposición Propia que pudiesen provocar o provoquen perjuicios a terceros y/o a D&S o a cualquier Filial D&S.
- 8.5.** Las Filiales D&S y los correspondientes Supermercados darán, de buena fe y de acuerdo a las prácticas comunes de la industria y a los acuerdos alcanzados con los Proveedores de que se trate, todas las facilidades necesarias para que puedan realizar oportuna y eficazmente sus labores de Reposición Propia.
- 8.6.** En caso que un Proveedor que realice Reposición Propia incurriere en un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en las cláusulas 8.3. y 8.4. precedentes, las Filiales

D&S podrán, previa comunicación al Proveedor del caso, efectuar directamente o a través de un tercero la Reposición de los respectivos Productos por cuenta del Proveedor en los mismos términos establecidos en las cláusulas 8.7. y 8.8. siguientes respecto de los Proveedores que hayan contratado la Reposición Interna. En tal caso, el costo de la Reposición practicada por la Filial D&S será cobrado al Proveedor, en forma no discriminatoria, de acuerdo a la tarifa que resulte de calcular el precio promedio vigente de la Reposición Interna, habida consideración del precio cobrado a todos los Proveedores que cuentan con Reposición Interna, para lo cual se remitirá al Proveedor una factura por el importe correspondiente dentro de los 5 días hábiles siguientes al término de cada período que corresponda facturar.

- 8.7.** Los Proveedores que cuenten con Reposición Interna de sus Productos, tendrán los siguientes derechos y obligaciones a su respecto: **i)** podrán tener conocimiento oportuno del Nivel de Servicio en Góndola de sus Productos, mediante el acceso a un sistema de monitoreo en línea puesto a su disposición, sin costo alguno para ellos, sistema que será administrado por un tercero independiente; **ii)** deberán abstenerse de realizar Reposición Propia de sus Productos por cualquier medio, directo o indirecto, mientras se encuentre vigente el acuerdo alcanzado con la Filial D&S en relación a este servicio; **iii)** deberán pagar una tarifa que será determinada de común acuerdo y de la que se dejará constancia en los respectivos APC; y, **iv)** podrán poner término al servicio de Reposición Interna contratado, libremente y en cualquier momento, mediante una comunicación dirigida por carta certificada, la que deberá enviarse con a lo menos 90 días de anticipación a la fecha en que desearan poner término al Servicio de Reposición.
- 8.8.** La Reposición Interna será ejecutada de manera competente, conforme a los criterios técnicos y comerciales objetivos y estandarizados imperantes en la industria supermercadista, en miras a la eficiencia de la rotación y Nivel de Servicio en Góndola de los Productos. Todo ello, en beneficio de ambas partes y con el compromiso de no discriminar arbitrariamente entre los Productos de distintos Proveedores.

### III. COBROS A LOS PROVEEDORES

#### NOVENO: Cobros a los Proveedores.

9.1. Conjuntamente con la venta de Productos, las Filiales D&S, los Centros de Distribución y los Supermercados desarrollan diversas actividades de comercialización, abastecimiento, distribución, reposición y logística de los Productos, con miras a lograr la mayor eficiencia y calidad posible en la oferta entregada a los consumidores, además de lo cual ofrecen un conjunto de servicios y prestaciones a los Proveedores por los cuales tienen derecho a cobrar un precio o remuneración. Asimismo, tienen derecho a efectuar otros cobros a sus Proveedores que, de acuerdo a las prácticas y costumbres de la industria, se establecen en función de los Sell In, Sell Out o Precios de Transferencia de los Productos, según corresponda. Lo anterior es sin perjuicio de las Promociones que puedan convenirse con los Proveedores, de conformidad a lo dispuesto en la cláusula décima de estos TCGA.

9.2. a) Las siguientes son las prestaciones por las que se podrán efectuar cobros a los Proveedores, sin perjuicio de la facultad de complementarlos o modificarlos por medio de la correspondiente reforma de estos TCGA y suscripción de los APC:

- **Back Haul:** cobro pactado libremente con los Proveedores por el servicio consistente en retirar los Productos directamente desde las instalaciones del Proveedor o del tercero que éste indique, para luego transportarlos a un Centro de Distribución o Supermercado. Este cobro puede corresponder a una cantidad fija acordada caso a caso o a un porcentaje del Sell In de los Productos.
- **Distribución Centralizada o Centralización:** cobro pactado libremente con los Proveedores por el servicio consistente en manipular, distribuir y transportar en forma centralizada los Productos directamente desde un Centro de Distribución hacia los Supermercados. Este cobro puede corresponder a un porcentaje del Sell In de los Productos centralizados, una cantidad fija por cada kilo o metro cúbico transportado o al costo de manipulación por cada caja procesada desde un Centro de Distribución a los Supermercados.
- **Distribución o Flete a Regiones:** cobro pactado libremente con los Proveedores por el servicio consistente en transportar en forma centralizada los Productos directamente desde un Centro de Distribución hacia los Supermercados ubicados fuera de la región correspondiente al Centro de Distribución. Este cobro puede corresponder a un porcentaje del Sell In de los Productos centralizados, una cantidad fija por cada kilo o metro cúbico transportado o el costo de manipulación por cada caja procesada desde un Centro de Distribución a los Supermercados recién señalados.
- **Logro Automático o Rappel Automático:** cobro fijo pactado libremente con los Proveedores en razón de las actividades comerciales implementadas en los Supermercados, el cual tiene como contraprestación para el Proveedor la exhibición temporal o adicional de Productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes de los Supermercados que les permiten incrementar sus ventas (especialmente, cabeceras de góndolas) por un período de tiempo. Este cobro fijo mensual corresponde a un porcentaje del Sell In de los Productos

- **Logro Manual o Rappel Manual:** cobro variable pactado libremente con los Proveedores en razón de actividades adicionales comerciales implementadas en los Supermercados, el cual tiene como contraprestación para el Proveedor la exhibición temporal o adicional de Productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes que les permiten incrementar sus ventas (especialmente, cabeceras de góndolas, mini cabeceras, islas en pasillos centrales o laterales, muros, canastillos, mecanismos publicitarios en góndolas destinados a destacar el Producto, etc.) y/o la publicación de los Productos en catálogos especiales. Este cobro mensual puede corresponder a una cantidad fija acordada caso a caso o a un porcentaje variable del Sell Out de los Productos durante un período de tiempo, dependiendo de la actividad o Producto negociado.
- **Devolución, Mermas o Merma Cero:** cobro pactado libremente con los Proveedores por los Productos que presentan deficiencias en los Envases o cuyas características o Envases los hacen fácilmente vulnerables al ser manipulados, de manera que no pueden ser vendidos al consumidor final en aptitud adecuada de uso o consumo. Adicionalmente, este cobro considera el servicio consistente en que el Supermercado disponga de, o deseche, de acuerdo a la normativa aplicable, los Productos que presentan deficiencias o deterioros cuyo cargo o costo sea de responsabilidad del Proveedor, según lo pactado con el mismo, y que evita a éste incurrir en los costos operacionales, logísticos y sanitarios, en su caso, de retirar desperdicios o bienes inservibles desde cada uno de los Supermercados u otras instalaciones de D&S o las Filiales D&S. Este cobro corresponde a un porcentaje del Precio de Transferencia de los Productos. El porcentaje aplicable se revisará y ajustará semestralmente en conjunto con cada Proveedor, utilizando de manera transparente los datos estadísticos relativos a las mermas de Productos o Categorías de Productos generadas en el período semestral inmediatamente anterior. Se deja constancia que este cobro corresponde a una práctica y costumbre de la industria pero también es procedente por las prestaciones que involucra de parte de las Filiales D&S, de acuerdo a lo descrito anteriormente.
- **Obsolescencias:** cobro pactado libremente con los Proveedores respecto de aquellos Productos que ellos mismos hayan discontinuado, y que permite por ello liquidar tales Productos en los Supermercados. Este cobro corresponde a un porcentaje del Sell Out de los Productos.
- **Recepción Asegurada en Casos de Exceso de Stock:** cobro pactado libremente con los Proveedores para aquellos casos en que, a solicitud de éstos, se entreguen a D&S Productos en períodos de exceso de stock o cuando no exista capacidad disponible para recibirlos, de manera de cubrir los costos adicionales que implique la recepción de tales Productos. Este cobro corresponde a una cantidad fija o un porcentaje del Sell In de los Productos.
- **Reposición:** cobro pactado libremente con los Proveedores por la Reposición Interna. Este cobro corresponde a un porcentaje del Sell Out de los Productos.

Las Filiales D&S y los Proveedores podrán pactar, caso a caso, los aspectos específicos y concretos que sean necesarios para hacer operativas las obligaciones inherentes a las anteriores prestaciones.

b) Los siguientes cobros proceden en atención a las prácticas y costumbres de la industria, siendo normalmente establecidos en función de los precios de los Productos (Sell In, Sell Out o Precios de Transferencia de los mismos):

- **Brecha:** cobro pactado libremente con los Proveedores por las eventuales pérdidas de sus Productos que podrían derivar del hurto efectuado desde las góndolas de los supermercados. Por consiguiente, este cobro es aplicable normalmente a aquellos Productos altamente sensibles al hurto y que, por lo tanto, de no mediar dicho cobro serían escasamente atractivos para ser vendidos en Supermercados. Este cobro corresponde a un porcentaje del Sell Out de los Productos.
- **Incorporación de Nuevos Productos:** cobro pactado libremente con el Proveedor cuya finalidad es compensar el riesgo de menores ingresos y costo de oportunidad que para las Filiales D&S representa la introducción de Productos nuevos que el Proveedor tiene interés en comercializar, dada la incertidumbre proveniente del desconocimiento de su aceptación por el mercado, margen adecuado y rotación. Incluye contraprestaciones por parte del Supermercado, como exhibiciones en islas o cabeceras, o publicaciones en catálogos o volantes. Este cobro puede corresponder a una cantidad fija acordada caso a caso o a un porcentaje del Sell Out de los Productos.

No se efectuará este cobro a los Proveedores de Menor Tamaño, como tampoco respecto de Productos de nuevos Proveedores de Menor Tamaño. Por consiguiente, los nuevos Productos que las Filiales D&S o el Supermercado del caso decidan libremente ingresar a las salas de venta para su comercialización, en la medida que sean suministrados por Proveedores de Menor Tamaño, no estarán afectos a este cobro. La existencia o exención de este cobro son sin perjuicio del derecho de D&S de definir quiénes son sus Proveedores y de determinar los Productos que exhibirá y ofrecerá en los Supermercados.

- **Premios por Resultados:** cobro pactado libremente con los Proveedores por la obtención de objetivos particulares de crecimiento de las ventas de un Producto o Categoría de Productos, calculado en función del crecimiento de las ventas, aumento de la participación de mercado u otras variables relacionadas con el exitoso desempeño de los Supermercados. Este cobro corresponde a un porcentaje del Sell In o del Precio de Transferencia de los Productos vendidos en los Supermercados, según se acuerde con el Proveedor del caso.

Las Filiales D&S y los Proveedores podrán pactar, caso a caso, los aspectos específicos y concretos que sean necesarios para hacer operativos los cobros anteriores.

9.3. Los siguientes son los conceptos por los que se efectuarán descuentos a los Proveedores, sin perjuicio de la facultad de complementarlos o modificarlos por medio de la correspondiente reforma de estos TCGA y suscripción de los APC:

- **Descuentos por Volumen:** descuento pactado libremente con los Proveedores por concepto del mayor volumen de compra de determinados Productos. Este descuento corresponde a un porcentaje del Sell In de los Productos.
- **No Emisión de Notas de Crédito por Diferencias de Precio:** descuento efectuado a

los Proveedores en caso de que éstos entreguen Productos cuyos precios facturados no correspondan a, y sean mayores que, los de la respectiva Orden de Compra, siempre que los Proveedores no hayan emitido la respectiva nota de crédito que refleje la disminución del exceso cobrado a la Filial D&S del caso. Este descuento corresponde al exceso facturado por el Proveedor en relación con la Orden de Compra respectiva.

- **Productos Rechazados:** descuento efectuado a los Proveedores en caso de que éstos abandonen los Productos en los términos contemplados en la cláusula 16.2. de este instrumento. Este descuento corresponde a los costos en que haya incurrido la Filial D&S pertinente para disponer del respectivo Producto abandonado.
- **Pronto Pago:** descuento pactado libremente con los Proveedores por concepto del pago del Sell In de los Productos con anterioridad a la fecha en que, de no mediar dicho descuento, el pago habría sido efectuado. Este descuento corresponde a un porcentaje del Sell In de los Productos, acordado caso a caso.

**9.4.** Los acuerdos específicos relativos a los cobros o descuentos a ser efectuados por cada uno de los conceptos descritos en las cláusulas 9.2. y 9.3. constarán en los respectivos APC, en la forma indicada en la cláusula duodécima de estos TCGA; salvo en lo que se refiera a descuentos promocionales (Vg., Negociaciones Promocionales Especiales, Negociaciones Promocionales por Cartola, Promociones por Inauguración, Rebajas Promocionales), que se regirán por lo dispuesto en la cláusula décima.

**9.5.** No podrán pactarse otras transacciones, cobros y descuentos a los Proveedores que los establecidos en los TCGA, ni los APC podrán modificarse unilateralmente por D&S, todo lo anterior, sin perjuicio de la facultad de complementar o modificar los TCGA y requerir la revisión de los APC, según lo establecido en estos mismos TCGA.

## **DÉCIMO: Promociones y Exhibiciones Especiales.**

**10.1.** Adicionalmente a lo dispuesto en la cláusula novena, se podrá pactar con cada Proveedor, por cualquier medio escrito y en forma previa a su implementación, toda clase de Promociones. Para ello, se comunicará por cualquier vía al Proveedor la intención de realizar una Promoción y éste deberá responder si acepta o no efectuar dicha Promoción. En caso que el Proveedor nada diga, se entenderá que no ha otorgado su consentimiento para la realización de la Promoción.

**10.2.** Los términos específicos de cada Promoción, tales como alcance, duración, descuentos o cobros especiales, etc., serán pactados con antelación caso a caso con el Proveedor, y en el acuerdo respectivo, el que podrá constar por cualquier medio escrito, incluso el intercambio de correos electrónicos, se establecerá de qué forma cada parte contribuirá a soportar el costo de la misma y la manera en que se realizarán los pagos o descuentos a que eventualmente dé lugar la Promoción.

**10.3.** Sin perjuicio de lo anterior, en ciertos casos las Filiales D&S o los Supermercados podrían verse en la necesidad de implementar una Promoción sin que se haya alcanzado acuerdo previo, sea porque el Proveedor no haya respondido oportunamente la propuesta formulada,

porque no sea posible esperar la formalización del acuerdo para que la Promoción pueda ser realmente efectiva, o por cualquier otra causa que justifique razonablemente implementar la Promoción en forma expedita. En estos casos el costo de la Promoción será asumido íntegramente por la respectiva Filial D&S, sin perjuicio del acuerdo posterior que eventualmente se pueda alcanzar con el Proveedor quien para estos efectos actuará siempre libre y voluntariamente, y de acuerdo a su propia conveniencia, sin que puedan mediar acciones destinadas a restringir o impedir lo anterior.

**10.4.** Los siguientes son los conceptos por los que se efectuarán cobros o descuentos promocionales a los Proveedores, sin perjuicio de la facultad de complementarlos o modificarlos por medio de la correspondiente reforma de estos TCGA y suscripción de los APC:

- **Promoción por Inauguración:** cobro pactado libremente con los Proveedores con el objeto de proveer a la acción promocional que para ellos representa la apertura de un nuevo Supermercado o la remodelación o reinauguración de un Supermercado existente. Este cobro corresponde a una cantidad fija acordada caso a caso, o a un porcentaje del Sell Out de los Productos por un determinado período de tiempo con posterioridad a la apertura, remodelación o reinauguración del respectivo Supermercado.
- **Negociaciones Promocionales Especiales:** descuento pactado libremente con los Proveedores por la transferencia de los Productos distribuidos centralizadamente desde los Centros de Distribución a los Supermercados, destinado a que los Productos se vendan a precio promocional en los Supermercados por un tiempo limitado. Este descuento corresponde a un porcentaje del Precio de Transferencia de los Productos, acordado caso a caso.
- **Negociaciones Promocionales por Cartola:** descuento pactado libremente con los Proveedores respecto de aquellos Productos entregados en los Centros de Distribución o directamente en los Supermercados, según corresponda, destinado a que los Productos se vendan a precio promocional en los Supermercados por un tiempo limitado. Este descuento corresponde a un porcentaje del Sell In de los Productos.
- **Rebaja Promocional:** descuento pactado libremente con los Proveedores por concepto de la realización de Promociones, cumpliendo con las formalidades establecidas en la cláusula décima de este instrumento. Este descuento corresponde a una disminución del Precio a Público de los Productos, acordada caso a caso.

Considerando que los conceptos promocionales antes indicados se aplican a distintos estadios de la cadena de Aprovisionamiento, sus correspondientes cobros o descuentos se aplicarán sobre la base del Precio de Transferencia, del Sell In, del Sell Out o del Precio al Público, según corresponda, sin perjuicio de aquellos cobros o descuentos promocionales que corresponden a una cantidad fija convenida libremente y voluntariamente con el Proveedor respectivo. A este respecto, los Proveedores deberán autorizar la procedencia de uno o más de los conceptos promocionales antes indicados en los correspondientes APC.

**10.5.** Lo dispuesto en las cláusulas 10.1., 10.2. y 10.3. se aplicará a las exhibiciones especiales de Productos que se efectúen en lugares o ubicaciones distintos a los que éstos ocupen

normalmente en las góndolas u otras instalaciones destinadas a la exhibición de los mismos.

**10.6.** Los Proveedores podrán acceder a información en línea acerca de las ventas de sus Productos y otras materias relevantes para su gestión, a través del sistema Inforetail.

### **UNDÉCIMO: Facturación y Pago.**

**11.1.** Todos los servicios prestados y los cobros efectuados por una Filial D&S serán facturados por ésta al respectivo Proveedor, indicando separadamente en la factura o solicitud de nota de crédito, según corresponda, el detalle del concepto a cobrar en cada caso.

**11.2.** El pago de los servicios prestados y los cobros efectuados por una Filial D&S se realizará mediante el correspondiente descuento o cargo aplicado en la cuenta corriente mercantil mantenida con el respectivo Proveedor.

**11.3.** Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, los Proveedores podrán siempre optar a que los cobros que se les efectúen por los conceptos mencionados en la cláusula 9.2. sean incluidos en las facturas que ellos emitan por la venta de sus Productos, en cuyo caso tales cobros se aplicarán en calidad de descuentos sobre el precio final a pagar por la respectiva venta y, por lo mismo, serán exigibles conjuntamente con el pago de las facturas respectivas.

**11.4.** La opción a que se refiere la cláusula 11.3. deberá ser ejercida por escrito a través de su señalamiento inequívoco en el correspondiente APC, y empezará a regir a partir del primer día del mes calendario subsiguiente a aquél en que haya sido ejercida. Una vez ejercida la opción, y plasmada ésta en un APC, tendrá una duración de un año y se renovará tácita, automática y sucesivamente por períodos de un año, salvo que el Proveedor manifieste su intención de volver al sistema habitual de cobros establecido en la cláusula 11.2. anterior, lo que deberá hacer con al menos 60 días corridos de anticipación a la fecha de expiración del período de vigencia de la opción original o de la prórroga que se encontrare vigente.

### **DUODÉCIMO: APC.**

**12.1.** Los acuerdos específicos entre las Filiales D&S y cada uno de sus Proveedores acerca de las condiciones de aprovisionamiento, las transacciones y la cuantía de los cobros a que den lugar, con excepción del precio de las mercaderías, cuya determinación se realizará a través de las correspondientes Órdenes de Compra, deberán constar por escrito en los APC. Una vez suscritos por las partes, los APC se entenderán formar parte de los términos y condiciones de aprovisionamiento específicamente aplicables a la relación existente con el Proveedor del caso.

**12.2.** Los APC se extenderán de acuerdo al modelo que se incorpora como Anexo de estos TCGA.

**12.3.** Los APC tendrán una vigencia mínima de seis meses. No obstante, por la mayor

variabilidad de los costos involucrados, los cobros vinculados a servicios de transporte y logística prestados a los Proveedores tendrán una vigencia mínima de tres meses. Transcurrida su vigencia, sea ésta de un mínimo de tres o seis meses, según sea aplicable, cualquiera de las partes podrá solicitar la revisión o reajustabilidad de los precios de los APC, cuyos nuevos términos se negociarán de mutuo acuerdo.

**12.4.** Los APC tendrán carácter reservado respecto de terceros, con excepción de las autoridades que los requieran dentro del ámbito de su competencia y para el ejercicio de sus potestades legales, entendiéndose incluida dentro de estas autoridades la Fiscalía Nacional Económica para efectos de lo dispuesto en el numeral dos de la parte dispositiva de la Sentencia Aprobatoria.



## **IV. CALIDAD DE LOS PRODUCTOS, ENVASES Y ETIQUETADO.**

### **DECIMOTERCERO: Elaboración o Fabricación de los Productos.**

- 13.1.** Los Productos deberán ser elaborados o fabricados conforme a todas las normas legales y reglamentarias vigentes. La elaboración o fabricación de los Productos deberán cumplir con todos los estándares, procedimientos y especificaciones técnicas, sanitarias, ambientales, de seguridad o de cualquier otra naturaleza que sean exigibles para garantizar la calidad, idoneidad, salubridad y seguridad de los Productos.
- 13.2.** Sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 13.1., en caso de que con un Proveedor se acuerden calidades, estándares, procedimientos o indicaciones técnicas específicas para algún tipo o categoría de Productos, la elaboración o fabricación de éstos deberá ceñirse a tales calidades, estándares, procedimientos o indicaciones técnicas específicas, las que no podrán ser contravenidas por el Proveedor en la elaboración o fabricación de los Productos, salvo autorización previa y por escrito de D&S. Lo anterior será de particular aplicación respecto de los Proveedores de Productos de marca propia, con los cuales se podrán celebrar contratos que, no oponiéndose con lo dispuesto en estos TCGA y los APC aplicables, regulen adecuadamente la relación de dicho Aprovisionamiento.
- 13.3.** Será de absoluta y exclusiva responsabilidad del Proveedor adoptar o asegurarse de que el productor o fabricante de los Productos hubiere adoptado, todas las medidas para dar cumplimiento a lo dispuesto en las cláusulas 13.1 y 13.2. en cuanto a la elaboración o fabricación de los Productos, de manera tal que éstos sean aptos para su uso o consumo.

### **DECIMOCUARTO: Envases, Rotulado y Etiquetado de los Productos.**

- 14.1.** Los Envases de los Productos deberán ser elaborados, etiquetados y rotulados de manera tal que cumplan cabalmente con todas las normas legales y reglamentarias vigentes. Para ello el Proveedor deberá seguir o asegurarse de que el productor o fabricante haya seguido, todos los estándares, procedimientos y especificaciones técnicas, sanitarias, ambientales, de seguridad o de cualquier otra naturaleza que sean exigibles para garantizar la calidad, idoneidad, salubridad y seguridad de los Productos y de los Envases.
- 14.2.** Asimismo, los Envases deberán ser elaborados, etiquetados y rotulados de manera tal que la información contenida en ellos corresponda efectivamente a los materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, volumen, peso, medida y demás características de los Productos contenidos en tales Envases.
- 14.3.** El Proveedor será responsable de velar por que los Productos no utilicen marcas, diseños u otros signos distintivos, o se elaboren conforme a fórmulas o procedimientos, o corresponda a productos que, infrinjan privilegios de propiedad intelectual o industrial indebidamente empleados o utilizados en los mismos.

**14.4.** Será de absoluta y exclusiva responsabilidad del Proveedor adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en las cláusulas 14.1., 14.2. y 14.3. en cuanto a la elaboración, rotulado y etiquetado de los Envases, así como efectuar las modificaciones en los Productos y Envases que puedan ser procedentes, necesarias o convenientes para dar cumplimiento a tales cláusulas.

#### **DECIMOQUINTO: Responsabilidad por los Productos y Envases.**

**15.1.** El Proveedor será el único, exclusivo y total responsable por la calidad y características de los Productos y los Envases. Tal responsabilidad recaerá sobre el Proveedor respecto de D&S y de cualquier Filial D&S incluso si tal Proveedor no fuere el productor, fabricante o elaborador de los Productos. En consecuencia, el Proveedor deberá responder por toda y cualquier falla o deficiencia de, o cualquier incumplimiento de regulación aplicable a, los Productos y los Envases, en su calidad y características principales o accesorias, tales como naturaleza, efectos principales o colaterales previstos o imprevistos, peso, medidas, volumen, fórmulas, materiales e insumos empleados, procesos aplicados, envasado, rotulación, advertencias y demás cualidades o requerimientos. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, las Filiales D&S realizarán sus mayores esfuerzos para manipular adecuada y prudentemente los Productos.

No obstante la generalidad de lo señalado anteriormente, las partes acuerdan que la responsabilidad aludida se extenderá, de modo no limitativo ni restrictivo, al daño o perjuicio que se derive de las fallas o deficiencias de los Productos o Envases, o el incumplimiento a su respecto de cualquier regulación aplicable, en: **i)** la reputación, prestigio y aceptación en el mercado de D&S y cualquier Filial D&S; y, **ii)** la reputación, prestigio y aceptación en el mercado de toda y cualquier marca comercial, registrada o no, usada por D&S o cualquier Filial D&S.

**15.2.** El Proveedor será el único, exclusivo y total responsable por todo daño o perjuicio que causen el contenido de los Productos o Envases, ya sea en personas o bienes. Tal responsabilidad recaerá sobre el Proveedor respecto de D&S y de cualquier Filial D&S incluso si tal Proveedor no fuere el productor, fabricante o elaborador de los Productos. En consecuencia, deberá responder por todo y cualquier daño material o moral, sea por daño emergente o lucro cesante, que éstos causen, a quienquiera que sea, en los mismos términos señalados en la cláusula 15.1.

**15.3.** El Proveedor sólo podrá limitar o liberarse de la responsabilidad que le corresponda conforme a las cláusulas 15.1. y 15.2. si las fallas o deficiencias en, o los incumplimientos de regulaciones aplicables a, los Productos o Envases, o los daños o perjuicios causados por los mismos: **i)** fueren una consecuencia del hecho o culpa de una persona distinta del Proveedor, sus empleados, dependientes o cualquier persona por cuyo hecho o culpa el Proveedor deba responder; **ii)** se hubieren producido por un evento de caso fortuito o fuerza mayor; o, **iii)** no dieren lugar a responsabilidad por estar la misma limitada o extinguida por prescripción o por causa de garantías convencionales o legales que fueren aplicables a los Productos o Envases.

## **DECIMOSEXTO: Productos Rechazados o Devueltos.**

- 16.1.** D&S tendrá el derecho de rechazar y/o devolver al Proveedor aquellos Productos que, en cualquier aspecto, no cumplieren con lo establecido en este instrumento, caso en el cual el precio de Compra del Producto rechazado o devuelto será descontado de la siguiente factura a pagarse al Proveedor.
- 16.2.** La respectiva Filial D&S comunicará al Proveedor el hecho de haberse rechazado un determinado Producto y éste deberá retirarlo del Centro de Distribución o Supermercado correspondiente, a más tardar, dentro del plazo de 5 días contado desde que se haya informado el hecho, plazo durante el cual las Filiales D&S no podrán retirar el Producto salvo que existan circunstancias urgentes que lo ameriten. Si dentro de este plazo el Producto no fuere retirado por el Proveedor, se entenderá que fue abandonado y las Filiales D&S estarán autorizadas para disponer de él a su discreción, como asimismo para descontar de las facturas siguientes a pagarse al Proveedor los costos en que haya incurrido para disponer del Producto abandonado. Lo anterior es sin perjuicio de otras acciones o derechos que pudieren corresponder a las Filiales D&S o a terceros en contra del Proveedor de conformidad con normas legales, reglamentarias o estos TCGA.

## **DECIMOSÉPTIMO: Responsabilidad General del Proveedor.**

- 17.1.** Sin perjuicio de la generalidad de lo establecido en estos TCGA respecto de la responsabilidad del Proveedor por los Productos y Envases, y las consecuencias que de tal responsabilidad puedan derivarse para el Proveedor, éste será siempre responsable, y deberá mantener a D&S y a toda Filial D&S, indemne de toda y cualquier Pretensión de terceros, que sea consecuencia directa o indirecta de alguna acción u omisión por la que el Proveedor sea responsable conforme a este instrumento.
- 17.2.** Las obligaciones establecidas en esta cláusula se mantendrán vigentes mientras no prescriban extintivamente los derechos cuyo ejercicio se prevén en la misma en contra de D&S, una Filial D&S o el Proveedor.

## **V. CONDUCTAS LEALES Y DE BUENA FE**

### **DECIMOCTAVO: Principios de Lealtad Recíproca y Buena Fe.**

**18.1.** Las relaciones entre D&S y las Filiales D&S y sus Proveedores en el Aprovevisionamiento de Productos y en la prestación de los servicios regulados en la sección III de estos TCGA, deberán convenirse y ejecutarse con estricto apego a los principios de buena fe, lealtad recíproca y cooperación, siendo esencial el compromiso que ambas partes asuman, y deban asumir constantemente, en cuanto a no incurrir en conductas que puedan ser catalogadas de desleales o de malas prácticas de la industria.

### **DECIMONOVENO: Prohibición de Tratativas Ilícitas.**

**19.1.** Queda estrictamente prohibido a los Proveedores y a sus trabajadores, gerentes, directores, asesores o representantes ofrecer, entregar, dar, pagar, otorgar, extender o facilitar, directa o indirectamente, a cualquier trabajador, gerente, director, asesor o representante de D&S o de cualquier Filial D&S, comisiones, participaciones, agasajos, regalos, dádivas, prebendas, prestaciones reales o personales, omisiones, condonaciones, incentivos o medio otro alguno, tangible o intangible, directo o indirecto, tenga o no valor comercial, de parte de cualquier persona, que pretendan o puedan pretender la obtención de un trato comercial más favorable, en cualquier aspecto, que aquel que corresponda en el Aprovevisionamiento de Productos y en la prestación de los servicios indicados en la sección III de estos TCGA, en estricta consideración de la naturaleza, volumen, precio, condiciones de entrega, condiciones de pago y demás términos razonables y de mercado relativos a dicho Aprovevisionamiento y/o prestación de servicios.

**19.2.** La infracción a la prohibición anterior se considerará como una infracción grave a las obligaciones y compromisos asumidos por el Proveedor en el Aprovevisionamiento. La infracción de lo indicado será considerada como un elemento determinante para evaluar la terminación o continuidad de las relaciones comerciales con el Proveedor, sin perjuicio de la responsabilidad que correspondiere al Proveedor de acuerdo a normas legales y reglamentarias vigentes y a estos TCGA.

## **VI. DEFENSORÍA DEL PROVEEDOR**

### **VIGÉSIMO: Objeto de la Defensoría del Proveedor.**

- 20.1.** Con el objeto de prevenir, acoger, conocer y resolver, de manera imparcial, objetiva, de buena fe y en carácter de mediador, cualquier dificultad o controversia que se genere entre D&S, las Filiales D&S y los Supermercados, de una parte, y uno cualquiera o más de los Proveedores con motivo de la interpretación, ejecución, cumplimiento o incumplimiento de estos TCGA, los APC o cualquier acuerdo existente entre esas partes, se crea el organismo denominado Defensoría del Proveedor, el cual comenzará a ejercer sus funciones el día 30 de junio de 2007.
- 20.2.** La Defensoría constituye un mecanismo de prevención y solución de controversias voluntario, por lo que su existencia no obsta a que los Proveedores puedan recurrir a la justicia ordinaria y/o a los organismos de defensa de la libre competencia por los mismos hechos que motiven su reclamo.

### **VIGÉSIMO PRIMERO: Organización de la Defensoría y Funcionamiento.**

- 21.1.** La Defensoría dependerá directamente de la Contraloría Corporativa de D&S. El Defensor será elegido en consideración a su conocimiento del rubro supermercadista, sus condiciones personales de honorabilidad y sus capacidades de mediación y resolución justa y eficaz de controversias.
- 21.2.** El nombre del Defensor y su información de contacto estarán permanentemente a disposición de los Proveedores en la página web de D&S.

### **VIGÉSIMO SEGUNDO: Competencia de la Defensoría.**

- 22.1.** La Defensoría conocerá de los reclamos que los Proveedores sometan a su conocimiento, relativos a los términos y condiciones de Aprovisionamiento contemplados en los TCGA y/o los APC, así como a la interpretación, ejecución, cumplimiento o incumplimiento de cualquier acuerdo o práctica comercial existente entre D&S, las Filiales D&S, los Supermercados y uno cualquiera o más de los Proveedores.
- 22.2.** Quedan excluidas de la competencia de la Defensoría las siguientes materias: **i)** las cuestiones que se encuentren en tramitación o hayan sido ya resueltas en sede judicial o arbitral o por las autoridades jurisdiccionales y/u organismos públicos en el ámbito de su competencia; y, **ii)** las reclamaciones en que se persigan indemnizaciones por lucro cesante, daño moral y aquellas derivadas de responsabilidad extracontractual.

## **VIGÉSIMO TERCERO: Procedimiento.**

- 23.1.** La decisión de someter un reclamo al conocimiento y competencia de la Defensoría será enteramente voluntaria para el Proveedor. Asimismo, el proceso que se inicie y desarrolle ante la Defensoría será gratuito para el Proveedor.
- 23.2.** La decisión de someter un asunto a la competencia de la Defensoría implicará necesariamente para el Proveedor aceptar los términos y condiciones de la resolución que emita la Defensoría, obligándose a suscribir todos los documentos que sean necesarios para perfeccionar y facilitar el cumplimiento de lo indicado en dicha resolución; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula 20.2.
- 23.3.** Los plazos del procedimiento ante la Defensoría serán de días hábiles laborales, es decir, no se considerarán los días sábado, domingo ni festivos. Las notificaciones de las resoluciones y las comunicaciones de la Defensoría se practicarán mediante el envío de correos electrónicos dirigidos a la dirección de correo electrónico que el Proveedor señale en el reclamo.
- 23.4.** El procedimiento se iniciará mediante la presentación del Formulario de Reclamo de la Defensoría, en el que se deberá indicar: **i)** el nombre completo o razón social del Proveedor, número de cédula de identidad o rol único tributario, domicilio, número de teléfono y dirección de correo electrónico; **ii)** la descripción de los hechos materia del reclamo y los argumentos que lo fundamentan, debiendo singularizarse la petición o solicitud concreta que se somete al conocimiento y resolución de la Defensoría; **iii)** la individualización de cualquier otro antecedente en que el Proveedor sustente su reclamo; y, **iv)** una copia del rol único tributario del Proveedor. El reclamo deberá ser suscrito personalmente por el Proveedor o por su representante, en cuyo caso deberá adjuntar el mandato respectivo con las facultades suficientes para ello. Conjuntamente con el reclamo, el Proveedor deberá acompañar todos los documentos que apoyen su pretensión.
- 23.5.** Recibido un reclamo, la Defensoría verificará que el contenido se ajuste a lo dispuesto en la cláusula 23.4. y que la materia del reclamo sea de su competencia. Si estimare que el reclamo no cumple con los antecedentes requeridos o que la materia sobre la que versa no es de su competencia, la Defensoría denegará la admisión a trámite, concluyendo el procedimiento. En el evento que el reclamo no fuere admitido a tramitación, la Defensoría deberá comunicar dicha circunstancia por escrito al Proveedor, indicando los motivos de ello y adjuntando los antecedentes que el Proveedor acompañara con su presentación. Si el reclamo no fuere admitido a tramitación por falta de antecedentes, se señalarán aquellos que hubiesen sido omitidos. No obstante lo anterior, el Proveedor reclamante podrá siempre subsanar los defectos formales o faltas de antecedentes que hubieren causado el rechazo a tramitar el reclamo, iniciando así una nueva presentación del mismo. En todo caso, el procedimiento iniciado ante la Defensoría concluirá en el evento que con posterioridad a la resolución que lo admita a tramitación, el Proveedor ejerza acciones judiciales relacionadas a la misma materia que es objeto del reclamo en trámite.

- 23.6.** Si el reclamo es admitido a tramitación, la Defensoría incorporará los datos del reclamo en el Registro de Reclamos de la Defensoría.
- 23.7.** El reclamo sólo podrá ser formulado dentro del plazo de un año contado a partir de la ocurrencia de los hechos o incurrencia en las omisiones que dieron origen al mismo.
- 23.8.** Los antecedentes y la prueba que sea presentada durante el procedimiento sustanciado ante la Defensoría se apreciarán en conciencia.
- 23.9.** Dentro de los 20 días siguientes a la resolución que acoge el reclamo a tramitación, y luego de recabar los antecedentes pertinentes de parte de las áreas o departamentos de D&S, las Filiales D&S y/o los Supermercados del caso, la Defensoría deberá dictar una resolución que dirima el conflicto, debiendo dicha resolución ser fundada y formulada por escrito. En todo caso, la Defensoría podrá, en cualquier estado del procedimiento, llamar al Proveedor a conciliación o hacer las veces de mediador, proponiendo las bases de una solución del conflicto. Las opiniones que emita la Defensoría, en la audiencia de conciliación, o en su carácter de mediador, no lo inhabilitarán para seguir conociendo del reclamo y no implicarán un reconocimiento de responsabilidad para D&S, las Filiales D&S y/o los Supermercados en caso de posteriores acciones judiciales que el Proveedor busque perseguir la responsabilidad de los mismos.
- 23.10.** El procedimiento seguido por la Defensoría terminará *ipso facto* y extraordinariamente en el evento de que con posterioridad a la resolución que acoja el reclamo a tramitación, el Proveedor ejerza acciones judiciales relacionadas con la misma materia objeto del reclamo.
- 23.11.** Las decisiones de la Defensoría se publicarán en la página web de D&S dentro de los 30 días siguientes al transcurso del plazo de 5 días aludido en el párrafo 23.9. precedente. Asimismo, y dentro del mismo plazo, se incorporarán al Registro de Resoluciones de la Defensoría. La Fiscalía Nacional Económica tendrá acceso a todos los antecedentes que se presenten ante la Defensoría. Las resoluciones que emita la Defensoría no implicarán un reconocimiento de responsabilidad para D&S, las Filiales D&S y/o los Supermercados en caso de posteriores acciones judiciales en que un Proveedor busque perseguir la responsabilidad de los mismos.

#### **VIGÉSIMO CUARTO: Confidencialidad del Procedimiento.**

- 24.1.** Los antecedentes y la información que el Proveedor entregue a la Defensoría con motivo del reclamo deducido serán confidenciales y se mantendrán en estricta reserva por la Defensoría.
- 24.2.** La confidencialidad a que se alude en el párrafo anterior no obsta a lo dispuesto en la cláusula 23.11. y es sin perjuicio de los requerimientos de información que puedan formular las autoridades competentes a su respecto.

## **VII. VIGENCIA Y MODIFICACIONES DE LOS TCGA Y APC**

### **VIGÉSIMO QUINTO: Vigencia de los TCGA.**

- 25.1.** Los presentes TCGA comenzarán a regir a partir del día 29 de abril de 2007 y su vigencia será indefinida, en tanto no se modifiquen de conformidad a lo dispuesto en este instrumento.
- 25.2.** Los TCGA se entenderán aceptados por los Proveedores desde el momento en que éstos acepten la primera Orden de Compra emitida por D&S, en conformidad a los términos establecidos en el presente instrumento, con posterioridad a la fecha indicada en la cláusula 25.1.

### **VIGÉSIMO SEXTO: Vigencia de los APC.**

- 26.1.** Salvo por la excepción indicada en el párrafo siguiente, los APC tendrán una vigencia mínima de seis meses. Al término de dicho plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar su revisión, en cuyo caso, las partes entrarán en negociaciones directas de buena fe destinadas a alcanzar acuerdo a su respecto. En caso de no solicitarse la revisión de los APC, se entenderán aquellos prorrogados tácita y automáticamente por un período sucesivo de igual duración que la vigencia original o prórroga, según corresponda, tras el cual se procederá en los mismos términos de revisión señalados precedentemente.
- 26.2.** Tratándose de los APC convenidos respecto de los servicios de transporte y logística prestados por Filiales D&S o Supermercados a los Proveedores, aquellos tendrán una vigencia mínima de tres meses, atendida la mayor variabilidad de los costos involucrados en dichos servicios. Al término de dicho plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar su revisión, en cuyo caso, las partes entrarán en negociaciones directas de buena fe destinadas a alcanzar acuerdo a su respecto. En caso de no solicitarse la revisión de los APC, se entenderán aquellos prorrogados tácita y automáticamente por un período sucesivo de igual duración que la vigencia original o prórroga, según corresponda, tras el cual se procederá en los mismos términos de revisión señalados precedentemente.

### **VIGÉSIMO SÉPTIMO: Modificaciones, Plazos y Procedimientos.**

- 27.1.** Las modificaciones que D&S efectúe a los TCGA serán de público conocimiento, comprometiéndose D&S a divulgarlas, junto a la nueva versión íntegra de los TCGA, en su sitio web, con una antelación no inferior a 10 días corridos respecto de su entrada en vigencia.
- 27.1.** Las modificaciones que se introduzcan a los TCGA regirán sólo hacia el futuro. En consecuencia, dichas modificaciones regirán sólo respecto de las Órdenes de Compra emitidas con posterioridad a la fecha en que entre en vigencia la respectiva modificación de los TCGA.

**27.3.** Los APC no podrán ser modificados unilateralmente. Los APC sólo podrán ser modificados de común acuerdo, debiendo constar por escrito dicha modificación y la fecha de su entrada en vigencia.



## ACUERDOS PARTICULARES COMPLEMENTARIOS

### Información del Proveedor (en adelante el “Proveedor”)

Nombre o Razón Social : \_\_\_\_\_  
Rol Único Tributario : \_\_\_\_-\_\_\_\_-\_\_\_\_-\_\_\_\_-\_\_\_\_.  
Dirección : \_\_\_\_\_  
Comuna : \_\_\_\_\_  
Ciudad : \_\_\_\_\_  
Nombre Representante : \_\_\_\_\_  
CNI Representante : \_\_\_\_-\_\_\_\_-\_\_\_\_-\_\_\_\_-\_\_\_\_.  
Proveedor de Menor Tamaño : Si \_\_\_\_ No \_\_\_\_.  
Proveedor Ejerce Opción cláusula 11.3 de los TCGA : Si \_\_\_\_ No \_\_\_\_.

### Información de los Acuerdos Particulares Complementarios (“APC”)

Fecha : \_\_\_\_-\_\_\_\_-\_\_\_\_.  
Área de Productos : \_\_\_\_\_ (el “Área”).  
Categoría de Productos : \_\_\_\_\_ (la “Categoría”).  
Fecha Entrada en Vigencia : \_\_\_\_-\_\_\_\_-\_\_\_\_ (la “Fecha de Inicio”).  
Número APC : [número de RUT proveedor]-[correlativo APCs Proveedor]-[año]

En Santiago de Chile, en la fecha indicada precedentemente, entre, por una parte, Comercial D&S, representada por don ....., cédula nacional de identidad N° ....., del mismo domicilio de su representada; y, por la otra, el Proveedor, ya individualizado, se suscriben los APC que constan del presente instrumento.

**PRIMERO:** El presente instrumento se suscribe libre y voluntariamente entre las partes para dar aplicación específica, respecto del Proveedor, a los TCGA. Este instrumento complementa los TCGA en la relación particular con el Proveedor. Los términos que en este documento se utilizan en carácter de definidos y a los que no se ha adscrito un sentido especial, tendrán aquellos significados que a los mismos se han atribuido en los TCGA vigentes a la fecha de suscripción de este instrumento.

**SEGUNDO:** Por medio de los presentes APC las partes convienen las condiciones específicas de: **i)** el Aprovechamiento por parte del Proveedor de los Productos comprendidos en el Área y la Categoría; **ii)** los conceptos por los cuales se efectuarán cobros al Proveedor y la cuantía de los mismos; y, **iii)** los descuentos que se realizarán al Proveedor.

**TERCERO:** Los APC contenidos en este instrumento y su anexo no podrán ser modificados unilateralmente por ninguna de las partes. Por consiguiente, cualquier modificación a los APC deberá ser convenida de común acuerdo por las partes y constar por escrito.

**CUARTO:** Las partes se obligan a guardar estricta reserva y confidencialidad respecto al contenido del presente instrumento y su anexo ante terceros, con la sola salvedad de las autoridades que los requieran dentro del ámbito de su competencia y para el ejercicio de sus potestades legales, entendiéndose incluida dentro de estas autoridades a la Fiscalía Nacional Económica.

**QUINTO:** Los APC tendrán la vigencia convenida en el anexo de este instrumento, la que comenzará a regir a partir de la Fecha de Inicio.

**SEXTO:** En todo lo no dispuesto en este instrumento regirá lo dispuesto en los TCGA. En caso de contradicción entre los términos de este instrumento y los TCGA, prevalecerán los términos del presente documento.

\_\_\_\_\_  
p.p. Comercial D&S

\_\_\_\_\_  
p.p. Proveedor

\_\_\_\_\_  
Gerente Area Comercial

\_\_\_\_\_  
Comprador

### I. Pago de Facturas del Proveedor

<b>Plazo de Pago</b>	
<b>Fechas de Corte</b>	

### II. Cobros al Proveedor

<b>Contrata</b> (Sí: ✓ ; No: X)	<b>Concepto de Cobro</b>	<b>Tarifa</b>	<b>Condiciones Contractuales Específicas</b>
	Back Haul		
	Brecha		
	Distribución Centralizada		
	Distribución a Regiones		
	Incorporación de Nuevos Productos		
	Logro Automático		
	Logro Manual		
	Mermas		
	Obsolescencia		
	Premios por Resultado		
	Recepción Asegurada en casos de Exceso de Stock		
	Reposición Interna		
<b>Aceptación</b> (Sí: ✓ ; No: X)	<b>Descuento</b>	<b>Monto del Cobro</b>	<b>Condiciones Contractuales Específicas</b>
	Descuentos por volumen		
	No emisión de Notas de Crédito por Diferencias de Precios		
	Productos Rechazados		
	Pronto Pago		

### III. Promociones

<b>Tipos de Promociones</b>	<b>Autorización</b> (Sí: ✓ ; No: X)	<b>Observaciones</b>
Negociaciones Promocionales Especiales		
Negociaciones Promocionales por Cartola		
Promociones por Inauguración		
Rebajas Promocionales		
Otros (detallar)		

### IV. Otras Obligaciones del Proveedor

<b>Conceptos</b>	<b>Descripción de Productos/Categorías de Productos</b>
<b>Nivel de Servicio en Góndolas</b>	
<b>Nivel de Abastecimiento o Fill Rate</b>	
<b>Otras</b>	

### V. Duración del APC

<b>Duración general</b>	
<b>Actividades o prestaciones con duración especial</b>	

ACUERDO COMERCIAL PARA EMPRESAS JUMBO S.A. / SANTA ISABEL S.A./  
EASY S.A.

JUMBO S.A.

RUT: 84.258.900-6

Casa Matriz

Av. Kennedy. Tel. 2996800

Las Condes. Santiago

Sucursales:

El proveedor que más adelante se identifica, representado debidamente, se compromete a entregar en las siguientes condiciones de compraventa aquí establecidas y declara expresamente aceptar las condiciones generales de este acuerdo.

Válidas desde \_\_\_\_\_

PROVEEDOR DE: JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A.

NUESTROS DATOS:

Nombre o Razón Social:

R.U.T.: \_\_\_\_\_

—

Domicilio: \_\_\_\_\_ Código Postal \_\_\_\_\_

Teléfono: \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_ Contacto \_\_\_\_\_

El resto de nuestros datos constan en el anexo que acompañamos.

1) Listado de productos:

Suministraremos y proveeremos a JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A. los productos que detallamos en el Anexo.

Solicitud de Inclusión de Productos.

2) Descuentos Comerciales y Plazos de pago de nuestras facturas:


Periodicidad Cláusulas: Mensual ( ) Trimestral ( ) Semestral ( ) Anual ( )

Rige para todas las cláusulas excepto en las que explícitamente se indique otra cosa.

3) Descuentos por Central de Compras:

4) Descuentos por Publicidad, Mega promociones y Promociones temáticas:

Los descuentos comprometidos en los puntos 3 y 4 se practicarán sobre el importe final neto de descuentos comerciales, neto de I.V.A. y de devoluciones, de toda nuestra facturación correspondiente a la mercadería efectivamente recibida por JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A. durante el periodo que corresponda de acuerdo con la periodicidad convenida.

5) Descuento por Escala de Crecimiento:

La escala de crecimiento comprenderá las órdenes de compra emitidas durante cada periodo anual. Los valores ingresados en esta escala se expresarán siempre en pesos chilenos (\$) sin tener en cuenta moneda del acuerdo.

El descuento variará conforme al siguiente cuadro:


El descuento comprometido precedentemente se aplicará cuando se alcancen los volúmenes de compra estipulados en el cuadro superior, sobre el importe neto de descuentos comerciales, neto del I.V.A. y de devoluciones de toda nuestra facturación correspondiente a la mercadería efectivamente recibida por JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A. en cada periodo anual.

6) Inversión por permanencia del producto en góndola:

Durante la vigencia de la presente propuesta, invertiremos por mes y por local (existente y por inaugurar) la suma de \$ \_\_\_\_\_ U.F. \_\_\_\_\_

7) Inversión por Contraprestación Adicional en el Punto de Venta:

Durante cada año calendario, invertiremos por mes y por cada local (existente y por inaugurar) en beneficio de nuestros productos la suma de \$ \_\_\_\_\_

U.F. \_\_\_\_\_ en concepto de actividades promocionales conforme lo detalla el anexo 4, que integra las presentes.

Si invirtiéramos una suma menor JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A. nos cobrará la diferencia al final de cada año.

8) Apertura de nuevos locales de JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A.:

Como contribución por la inauguración de cada nuevo local:

- a) aportaremos un importe fijo de \$ \_\_\_\_\_ U.F. \_\_\_\_\_ Cuotas \_\_\_\_\_
- b) Otorgaremos un descuento de un \_\_% por un periodo de \_\_\_ meses en cada orden de compra.
- c) Entregaremos mercaderías sin cargo por un valor de \$ \_\_\_\_\_ U.F. \_\_\_\_\_ (entregada con factura acompañada de la correspondiente nota de crédito).
- d) Concederemos un plazo de pago adicional de \_\_\_ días por un periodo de \_\_\_ meses.

9) Devoluciones:

Opción 1: Para que JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A. no nos realice devoluciones por mercadería vencida, deteriorada, etc. Aplicaremos un descuento del \_\_% durante la vigencia de la presente propuesta.

Opción 2: Por deterioro o vencimiento o por mercadería no apta para la venta aceptaremos un \_\_% de la mercadería entregada durante cada año calendario. Si JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A. nos devolviera un porcentaje mayor de mercadería del establecido, esta diferencia será compensada en el año siguiente. Si el porcentaje de mercadería devuelta fuera menor al convenido, el saldo nos será debitado al final de cada año.

Sin perjuicio de lo expuesto, JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A. podrá devolver los productos que por cambio de temporada, cambio de modelos u otros conceptos no roten con la periodicidad adecuada o presenten fallas.

10) Condiciones varias:

Nos comprometemos por nuestros medios y a nuestro costo lo siguiente:

- a) Entregar todos los productos con código de barra.
- b) Cumplir un porcentaje mínimo de entrega del 95%. Si no cumpliéramos el porcentaje mínimo de entrega comprometido JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A. podrá aplicarnos una multa que será igual al 50% del precio de venta al público de mercadería no entregada.

- c) Entregar la mercadería a los \_\_\_\_ días hábiles, contados a partir de la emisión de la orden de compra.
- d) Entregar la mercadería en el plazo estipulado en c) con una tolerancia máxima de \_\_\_\_\_ horas.
- e) De realizar cambios en la lista de precios, otorgaremos a JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A. un plazo mínimo de \_\_ meses para decidir su aceptación.
- f) Colocar en los productos que JUMBO S.A./SANTA ISABEL S.A./EASY S.A. nos indique dispositivos de seguridad: Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_
- g) Operar mediante sistema E.D.I. obligándonos en su caso a implementarlo dentro del mes a la firma del acuerdo comercial : \_\_\_\_\_
- h) Prestar servicio de ayuda de repositores externos en inventario y aperturas a nuestro costo y cargo: \_\_\_\_\_

11) Otras

---



---



---

12) Anexos.

Se acompañarán los anexos que a continuación se detallan, que forman parte integrante de las presentes condiciones ofrecidas:

Datos corporativos del proveedor.

Listado de Productos.

Lista de Precios.

Programa promocional

Otros anexos SI/NO \_\_\_\_\_

Detalle

13) MODIFICACIONES:

Si existieran modificaciones parciales a las presentes condiciones, tales modificaciones deberán realizarse inexcusablemente por escrito en el formulario respectivo, y en lo no modificado regirán las presentes condiciones.

\*\*\*\*\*