



EL PROCESO DE MEJORA REGULATORIA EN RELACIÓN A LAS EMPRESAS DE MENOR TAMAÑO EN CHILE

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO ECONÓMICO

NOMBRE: DANIELLE ZAROR MIRALLES

PROFESOR: CARLOS URQUIETA

ABRIL DE 2009

INDICE

INTRODUCCION	6
---------------------------	---

CAPITULO PRIMERO	11
-------------------------------	----

ASPECTOS GENERALES DE LAS EMPRESAS DE MENOR TAMAÑO EN CHILE.

Sección I Ideas Preliminares

2.- Las Empresas de Menor Tamaño en Chile y la Validez y Eficacia de las Normas Jurídicas Aplicables.....	11
3.- Concepto de Empresa de Menor Tamaño.....	15
3.1 Micro Empresa.....	16
3.2 Pequeña Empresa.....	16
3.3 Mediana Empresas.....	16
4.- Características de las Empresas de Menor Tamaño.....	17
4.1 Las EMT en Números.....	17
4.2 Las EMT y el Empleo.....	18
4.3 Las EMT y el Territorio.....	19
4.4 Las EMT y el Giro de sus Negocios.....	20
4.5 Las EMT y la Gestión de su Negocio.....	20
5.- Diversas Clases de Empresas de Menor Tamaño.....	21
5.1 Micro, Pequeña y Mediana Empresa.....	21
5.2 Formales e Informales.....	22
5.3 Activas e Inactivas.....	22
5.4 De Bienes o Servicios.....	22
5.5 Exportadoras y No Exportadoras.....	23
5.6 De Supervivencia.....	23
5.7 Microempresa Familiar.....	23

Sección II Importancia de la Empresas de Menor Tamaño en la Economía Nacional

6.- Importancia de la Empresas de Menor Tamaño.....	24
6.1 En una Dimensión Social.....	24
6.2 En una Dimensión Política y Económica.....	25
6.3 En una Dimensión Jurídica.....	25
7.- Instrumentos de Fomento Destinados a la Empresa de Menor Tamaño.....	26
8.- Innovación en la Empresa de Menor Tamaño.....	27
8.1 En Materia Territorial.....	28
8.2 En Materia Educacional.....	28
8.3 En Materia Empresarial.....	29
8.4 En Materia Institucional.....	30
9.- La Competitividad de la Empresa de Menor Tamaño.....	31
9.1 En Términos Generales.....	31
9.2 En Términos Específicos.....	31

CAPITULO SEGUNDO.....35

REGULACION CHILENA PARA EL DESARROLLO DE UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Sección I

Orden Público Económico y Derecho Económico

10.- La Constitución Política de 1980.....	35
11.- La Diferencia, la Discriminación y la Arbitrariedad.....	39
11.1 Diferencia.....	40
11.2 Discriminación.....	40
11.3 Arbitrariedad.....	41
12.- El Juicio de Igualdad Empresarial.....	41

Sección II

Revisión de Algunos Códigos y Normas Relacionadas con las Actividades Empresariales

13.- La Ramas del Derecho con Impacto en la Actividad Empresarial.....	42
13.1 Código de Comercio.....	43
13.2 Ley de Quiebras.....	45
13.3 Código del Trabajo.....	46
13.4 Decreto Ley 3500.....	49
13.5 Código Sanitario.....	49
13.6 Código Tributario.....	50
14.- Avances y Panorama Normativo de la EMT en los Últimos Años.....	51
14.1 Ley de Micro Empresa Familiar.	51
14.2 Ley General de Cooperativas.	53
14.3 Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.....	54
14.4 Ley de Procedimientos Administrativos.....	55
14.5 Ley Sobre Contratos Administrativos y Compras del Sector Público.....	57
14.6 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	58
14.7 Ley Que Modifica la Ley N° 18.010, Sobre Operaciones de Crédito de Dinero Estableciendo Normas Sobre Aplicación de Intereses Cuando Opera una Cláusula de Aceleración y Establece Normas de Protección de los Deudores en los Procesos de Repactación (Cláusula de Aceleración).....	59
14.8 Ley que Regula la Transferencia y Otorga Mérito Ejecutivo a la Copia de la Factura.....	61
14.9 Ley de Sociedades de Garantía Recíproca.	63
14.10 Ley que Establece la Reforma Previsional.....	64
14.11 Ley que Incrementa Transitoriamente el Incentivo Tributario por Inversión en Activo Fijo.....	65

CAPITULO TERCERO.....	68
------------------------------	-----------

**LAS MEJORAS REGULATORIAS CONTEMPLADAS EN LA LEY NÚMERO 20.416 QUE FIJA
NORMAS ESPECIALES PARA LAS EMPRESAS DE MENOR TAMAÑO**

**Sección I
Regulación y Mejora Regulatoria**

15.- Mejora Regulatoria.....	68
16.- Aspectos de la Regulación.....	70
16.1 En Sentido Restringido.....	70
16.2 En Sentido Amplio.....	70
16.1.1 La Ley.....	71
16.1.2 El Reglamento.....	71
17.- Necesidad de Regulación Especial para las EMT.....	71
18.- Mecanismos Propuestos para la Regulación.....	72
19.- Efectos Esperados de la Regulación.....	75
19.1 Efectos Nacionales.....	76
19.2 Efectos Internacionales.....	76

Sección II

**Análisis de la Ley Número 20.416 que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor
Tamaño**

20.- Proyecto de Ley que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño.....	77
21.- Objeto de la Ley.....	78
22.- Concepto de Empresa de Menor Tamaño Basado en Parámetros de Segmentación.....	79
23.- Buenas Prácticas Regulatorias.....	85
24.- El Informe Regulatorio y sus Ventajas.....	86
25.- Transparencia en la Fiscalización.....	88
26.- Otorgamiento de Permisos Provisorios de Funcionamiento y Patente Municipal Provisoria.....	89
26.1 Otorgamiento de Permisos Provisorios de Funcionamiento.....	89
26.2 Patente Municipal Provisoria.....	90
27.- Regulación Especial en Materia Sanitaria.....	92
27.1 Autodenuncia.....	93
27.2 Régimen de Permiso Inmediato.....	95
28.- La Empresa de Menor Tamaño en su Rol de Consumidora.....	96
29.- La Empresa de Menor Tamaño y la Regulación de la Competencia.....	100
30.- La Empresa de Menor Tamaño y los Acuerdos de Producción Limpia.....	105
31.- Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeña Empresa en Crisis.....	106
32.- La Empresa de Menor Tamaño y la Regulación Laboral.....	109
32.1 Reconocimiento Expreso de la Clasificación de Empresas en Atención al Número de Trabajadores.....	110
32.2 Graduación de las Multas en Conformidad al Tamaño de la Empresa.....	110
32.3 Ampliación de los Beneficios de Sustitución de Multa y Asistencia al Cumplimiento para Micro y Pequeñas Empresas.....	111
32.4 Rebajas por Cumplimiento dentro del Plazo Legal.....	113
33.- Institucionalidad para la Nueva Regulación.....	114
33.1 Nuevas Atribuciones al Ministerio y Subsecretaría de Economía.....	115
33.2 Consejo Nacional Consultivo de la Empresa de Menor Tamaño.....	116

33.3. Nuevas Atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica en Resguardo de las EMT.....	119
33.4 Enfoque de Equidad de las Políticas de Emprendimiento.....	120
34.- Denominación y Contenido de esta Ley.....	121
CONCLUSIONES.....	125

**ANEXO
PRÁCTICAS REGULATORIAS EN EL DERECHO COMPARADO.**

35.Contexto.....	131
------------------	-----

Entorno Regulatorio Latinoamericano.

36.- Perú.....	132
36.1 Objeto.....	132
36.2 Concepto.....	132
36.3 Institucionalidad.....	134
36.4 Simplificación de Trámites.....	134
37.- Argentina.....	134
37.1 Objeto.....	134
37.2 Concepto.....	135
37.3 Institucionalidad.....	135
37.4 Simplificación de Trámites.....	136
38.- Costa Rica.....	136
38.1 Objeto.....	136
38.2 Concepto.....	137
38.3 Institucionalidad.....	137
38.4 Simplificación de Trámites.....	138
39.- Colombia.....	139
39.1 Concepto.....	139
39.2 Institucionalidad.....	140
39.3 Simplificación de Trámites.....	140
40.- México.....	141
40.1 Objeto.....	141
40.2 Concepto.....	141
40.3 Institucionalidad.....	142
40.4 Simplificación de Trámites.....	142

Agencias de Mejora Regulatoria

41.- Agencias de Mejora Regulatoria.....	143
42.- México.....	144
43.- Estados Unidos.....	146
44.- Australia.....	147
BIBLIOGRAFÍA	150

1.- Introducción.

Este trabajo tiene por objeto dar cumplimiento a los requisitos exigidos por el Programa de Magíster en Derecho de la Universidad de Chile, en el caso específico, para optar al grado de Magíster en Derecho Económico.

Con ocasión de mi desempeño como abogada al interior de la División Jurídica del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, fui asignada con dedicación preferente al equipo de profesionales que comenzaron el trabajo de redacción del primer marco regulatorio para las empresas de menor tamaño en Chile. Por esa circunstancia profesional, me vi involucrada en el desarrollo de un tema interesante y con escasas indagaciones desde el punto de vista del Derecho.

En Chile, las empresas de menor tamaño, como tales, no son un objeto de estudio de la doctrina jurídica, no obstante serlo para la doctrina económica. En la práctica es posible encontrar algunos programas académicos que miran al sujeto “empresa” y contribuyen al conocimiento de las diferentes regulaciones atinentes a la actividad empresarial, pero como postulamos, no hay un estudio pormenorizado de los efectos que esas regulaciones tienen en la competitividad y posibilidad de desarrollo de la empresa, atendiendo al tamaño de esta.

Es este uno de los principales ejes de la problemática que desarrollaremos en esta investigación, esto es, cómo las diversas regulaciones no han sido desarrolladas en consideración al sujeto llamado a cumplirlas.

Este trabajo pretende destacar la importancia de las empresas de menor tamaño para la economía nacional pero además lo importante que resulta que la regulación aplicable a la actividad empresarial sea ajustada a su realidad.

Entre los aspectos clave de este trabajo, puedo mencionar que revisaremos una serie de ramas del derecho, entre ellas, el derecho constitucional, del trabajo, de la

seguridad social, el derecho tributario, administrativo, sanitario, municipal y por supuesto el derecho económico; todo lo anterior en armonía con conceptos básicos de Economía.

Fue necesario, tanto en mi trabajo diario, como en esta investigación, tener en vista la evaluación del estado de la realidad nacional, evaluación que no debía desapercibir el grado de inserción que tiene nuestro país en el concierto internacional, cuestión que como veremos, ha determinado de manera muy importante el impulso y decisión de llevar adelante un cambio regulatorio como el que se propone.

La empresa, como sujeto de derecho y obligaciones, se ve compelida a cumplir con muy distintas regulaciones, esta situación me exigió dedicar mi trabajo de manera importante a conocer la mayor cantidad posible de ellas. Por tratarse de un equipo interdisciplinario de trabajo, muchas veces me vi en la necesidad de descender hasta el detalle más básico de la regulación a objeto de explicar o entender su contenido, cuestión que sin duda facilitó, mas tarde, mi comprensión económica de las inequidades y brechas que había generado muchas veces nuestro legislador.

El objetivo general de mi proyecto de estudio fue analizar el primer proceso, integral, de mejora regulatoria de las empresas de menor tamaño en Chile y como objetivos específicos el de analizar la realidad económica de las empresas de menor tamaño en Chile, las regulaciones que debe enfrentar en Chile una empresa de menor tamaño desde su creación hasta su cierre definitivo, las propuestas que plantea el proyecto de ley que fija normas especiales para la empresa de menor tamaño a la luz de la legislación vigente, evaluando el impacto concreto de dichas medidas y comparando las medidas propuestas en relación a otros estándares conocidos.

Mi investigación se justifica en la necesidad de estudiar, desde una perspectiva jurídica, las distintas regulaciones que en materia de empresas de menor tamaño existen. Esta necesidad no ha sido recogida de manera sistemática y transversal por el Derecho, pudiendo apreciarse en el curso de este trabajo esfuerzos dispersos que no logran transversalizar este enfoque regulatorio. Es un hecho de la realidad al que el

Derecho le debe responder de una manera oportuna y por sobre todas las cosas, de forma adecuada y por lo que es posible advertir, en el plano interno tanto las normas legales como reglamentarias no han logrado cumplir con ese objetivo.

Pero además y como explicamos en el curso de este trabajo, ha sido buena justificación también la interpelación que ha recibido nuestro país desde el concierto internacional para que se instituya como un Estado moderno y acoja las sugerencias que en este mismo sentido le han hecho organizaciones internacionales.

En virtud de este escenario planteé en mi proyecto de tesis que las respuestas probables eran que el proyecto de ley que fue objeto de la indagación, sería la primera respuesta integral al problema del incumplimiento normativo por su costo regulatorio pues se iba a promover la manifestación máxima de legitimidad para abordar el tema, cuestión que me parecía en extremo positiva, pues eso le generaría el suficiente impulso para seguir adelante en el espiral de mejoras.

Adicionalmente esa respuesta integral sería eficiente para colocar a nuestro país en una situación renovada en el ámbito internacional.

En el Capítulo Primero desarrollamos una reflexión inicial acerca de la validez y eficacia de las normas jurídicas, en particular aquellas que le son aplicables a las empresas de menor tamaño. A continuación y una vez planteado el problema central de este trabajo, traté de contextualizar cual era el panorama de la empresa de menor tamaño en Chile, desarrollando entonces lo que se entiende por empresa de menor tamaño, haciendo presente las principales características y su relevancia en materias como el empleo, el territorio, el giro de sus negocios, las gestión de esos negocios. Aprovechando la gran variedad de caracteres formulé siete clasificaciones de estas empresas, encontrándome con más de alguna divergencia en aquella investigación.

En este mismo capítulo es posible encontrar algunos argumentos en torno a la importancia de estas empresas pequeñas en aspectos sociales, políticos, jurídicos y por supuesto económicos. En la misma línea, se desarrollaron temáticas vinculadas al

instrumental de fomento disponibles para ellas, a la innovación, la competitividad para su desarrollo, etc.

En el Capítulo Segundo, nos volcamos al estudio del Orden Público Económico, en base a los conceptos allí vertidos, nos adentramos en el desarrollo de los conceptos de diferencia, discriminación y arbitrariedad, para finalmente concluir en un juicio de igualdad empresarial que nos permita hacer la diferencia que buscamos con la presentación del proyecto de ley en estudio.

En la segunda parte de este capítulo comenzamos a adentrarnos en el estudio de las normas jurídicas relacionadas con la actividad empresarial en Chile, entre ellas, la legislación comercial, laboral, de quiebras, sanitaria, tributaria, etc. En el mismo contexto se desarrollaron someramente algunas regulaciones que se han corregido, como resultado de reformas aisladas y que han ido en directo beneficio de las empresas de menor tamaño, como es el caso de las micro empresas familiares y la ley que regula transferencia y reconoce mérito ejecutivo a la copia de la factura, entre varias otras.

En el Tercer Capítulo, relativo al tema principal de nuestro trabajo, definimos el concepto de regulación y de mejora regulatoria y qué entendemos por ese concepto para efectos de este trabajo; justificamos la necesidad de una regulación especial, desarrollamos los mecanismos propuestos para la regulación y los efectos (económicos y jurídicos, nacionales e internacionales) esperados luego de la intervención.

En la segunda parte de este capítulo nos introducimos en el análisis pormenorizado de cada una de las propuestas contenidas en el proyecto de ley que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

Finalmente, y como anexo a este trabajo, se exponen algunos ejemplos latinoamericanos de regulaciones “a la medida” de estas empresas y en la segunda

parte, algunos paradigmas sobre agencias de mejora regulatoria, ejemplos todos que forman parte de la administración del Estado.

Espero sinceramente que la lectura de este trabajo, realizado con fines absolutamente académicos, genere un fructífero momento de reflexión y que además despierte el interés en este nuevo sujeto de derecho cuya especial regulación a continuación defiendo.

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DE LAS EMPRESAS DE MENOR TAMAÑO EN CHILE.

Resumen: Este capítulo desarrolla los aspectos generales y básicos para lograr una comprensión cercana del tema de este trabajo. En él se entregan elementos para, por un lado, entender el origen del problema que genera este estudio y qué es el incumplimiento normativo (costo regulatorio) y, por otro, quién es en Chile el sujeto llamado a cumplir dichas regulaciones, cuales son sus características, y las eventuales clasificaciones que se pueden desprender de ellas. Además de lo anterior, se explica la importancia de estas empresas para la economía de un país en su dimensión social, política, jurídica y económica, los instrumentos de fomento destinados a ella, el impacto de la innovación en este segmento y cómo todos los factores anteriores repercuten en su competitividad y en consecuencia, en un mayor bienestar social.

Sección I

Ideas Preliminares

2.- Las Empresas de Menor Tamaño en Chile y la Validez y Eficacia de las Normas Jurídicas Aplicables. Nuestro país ha vivido profundos y promisorios cambios económicos los últimos 25 años. Aquellos grandes periodos de bonanza financiera han sido matizados con dos grandes crisis, la asiática (Tailandia, 1997) y la actual y en progreso Sub Prime (EEUU, 2008). Aunque estos cambios económicos no necesariamente han sido seguidos de grandes reformas legales, muchos países con economías tan abiertas como la chilena, se ven inexorablemente enfrentados a reaccionar con procesos de profunda revisión de su legislación nacional, pues se hace necesario acondicionar el ordenamiento jurídico para proveer un marco legal apropiado para la fluctuante contingencia económica.

Los ajustes legales que una y otra disciplina jurídica enfrentan hacen necesario detectar nuevas características de aquel escenario que se pretende intervenir, y es este entendimiento profundo el que ha dado como resultado que enfoquemos este trabajo en las empresas de menor tamaño; un sujeto del derecho que por sus especiales características ya no encuadra en las concepciones clásicas del derecho civil o comercial, y que por el contrario, desde el derecho económico se sustenta reclamando con justicia una especial regulación.

Existen diversos estudios destinados a entregar información acerca de las empresas de menor tamaño (para estos efectos y desde aquí en adelante, EMT). Muchos de ellos se detienen en el aporte concreto que dichas EMT hacen al Producto Interno Bruto (PIB), al empleo nacional, al nivel de endeudamiento e incluso, y curiosamente, al índice de enfermedad que devuelven a la sociedad una vez que culminan sus actividades.

Tradicionalmente las EMT han sido denominadas como micro, pequeñas o medianas empresas, atendiendo a las ventas, el empleo o el capital que ostenten.

Sin embargo, y para efectos jurídicos estrictos, las EMT, no son algo distinto a la persona natural o jurídica que desarrolle alguna actividad empresarial en los términos que lo permite la Constitución.¹

Es evidente entonces que para efectos de regulación y cumplimiento normativo hay que detenerse necesariamente en la dimensión del sujeto que está llamado a cumplir con el mandato jurídico, civil, laboral, sanitario o comercial, pues es esa particular esfera de acción la que revelará una serie de consecuencias.

El incumplimiento de las normas jurídicas por parte de estas EMT pudiera no ser un acto voluntario, a sabiendas, con dolo, por el contrario, podría ser la respuesta a una regla que no se ajusta a la realidad de los sujetos que la norma jurídica pretende regular, hablamos en consecuencia de normas válidas pero que se han vuelto

¹ Art. 19 N° 21 Constitución Política de 1980, de la República de Chile.

ineficaces pues es muy difícil (costoso) que ellas sean obedecidas por los imperados y aplicadas por los tribunales.

Decir que una norma jurídica es válida, “equivale a afirmar que ella existe, que obliga, y que *debe ser* obedecida y aplicada por los sujetos imperados y por los órganos jurisdiccionales”². Decir que una norma es eficaz equivale a decir “que la norma sea *efectivamente* obedecida y aplicada, en la mayoría de los casos por los sujetos imperados y por los órganos jurisdiccionales”³.

De manera entonces que resulta clara la afirmación: estamos hablando de normas jurídicas válidas pero que dada su escasa posibilidad de ser cumplidas y aplicadas se transforman en ineficaces, pues en los hechos, ellas no se respetan.

Existen en la filosofía del derecho varias doctrinas que buscan explicar cual es la relación entre los conceptos de validez y eficacia; se afirma por un lado que no existe relación alguna, y que la circunstancia que la norma sea o no eficaz es un aspecto separado e independiente de su validez, por otro lado, se afirma que si la norma válida pierde su eficacia perdería en consecuencia su validez, sería en este caso “el obedecimiento de la norma, su aceptación por parte de los correspondientes sujetos imperados, la sujeción de estos, en fin, a su propio querer, lo que permitiría que una norma jurídica llegara a ser válida.”⁴

Ahora bien, una tercera postura sostenida por Hans Kelsen señala que la validez y eficacia sí tienen relación entre sí (en oposición a la primera postura), pero que esta relación no hace que la eficacia sea determinante para la validez (segunda postura).

Señala Kelsen que “una norma jurídica válida necesita de la eficacia para continuar siendo válida, lo cual quiere decir dos cosas: que una norma jurídica válida que consigue además ser eficaz, sigue ella siendo válida; y que una norma jurídica válida

² Esquella Narducci, Agustín. 2007. Introducción al Derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pag. 80.

³ *Ibíd*em

⁴ *Ibíd*em.

que no consigue ser eficaz, o que habiéndolo conseguido pierde más tarde su eficacia, deja también de ser válida.”⁵

Aclaremos que, la mayoría de la veces las reglas aplicables a las EMT son correctas en su contenido normativo, es decir y como hemos indicado, son válidas jurídicamente pero no son útiles y tampoco justas, su problema radica en que ellas no han tenido en cuenta que los sujetos llamados a cumplir con ellas no son iguales, materialmente hablando, ante la ley, muy por el contrario, este actor de la economía es de enorme heterogeneidad.⁶

Lo anterior se traduce en un fuerte impacto para las empresas de menor tamaño, que al ver sobrepasadas sus capacidades, económicas, jurídicas, técnicas y/o administrativas, se ven expuestas a una situación de imposibilidad absoluta de cumplir con lo ordenado por las regulaciones y en definitiva, compelidas a optar, en muchos casos, por la informalidad.

Así por ejemplo, si una persona natural desea separar su patrimonio, para no arriesgar el bienestar familiar, para comenzar a realizar una actividad económica, este sujeto se ve enfrentado a la necesidad de constituir una persona de jurídica derecho privado con fines de lucro, (Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima, Empresa Individual Responsabilidad Limitada, etc.). Pero la realidad es que para efectuar este trámite hay que tener presente que las escrituras públicas sólo pueden ser redactadas por abogados. Este es el primer desembolso económico en toda generación de una sociedad, los servicios profesionales. Luego, estas escrituras deben cumplir con las solemnidades legales, autorizadas ante el notario que sea competente y posteriormente incorporadas en un protocolo o registro público. Este es el segundo desembolso patrimonial. Una vez realizadas estas gestiones una copia de la escritura pública y autentica y de su extracto deben ser presentadas ante el Conservador de

⁵ Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, citado por Squella Narducci, Agustín, Op. Cit.

⁶ “La sociología del derecho reconoce que las normas jurídicas y las instituciones poseen un determinado coeficiente de eficacia e ineficacia que debe ser tenido en cuenta (...) ella considera que la totalidad de lo jurídico no está encerrado en las normas e instituciones”. Carbonnier, Jean, citado por Squella Narducci, Agustín. Op. Cit. Pág. 344.

Bienes Raíces quien procede a inscribir dicha sociedad en el Registro de Comercio. Este trámite tarda aproximadamente 5 días hábiles, al cabo de los cuales se emite un certificado en que consta dicho registro. Esta es la tercera oportunidad en que el solicitante debe pagar un arancel para la constitución de su persona jurídica de derecho privado. Finalmente, y una vez emitido el certificado que da cuenta de la inscripción en el registro de comercio del Conservador de Bienes de Raíces, se debe publicar en el Diario Oficial un extracto de la escritura social. Esta es la cuarta oportunidad en que se debe incurrir en gastos en todo este proceso.

Luego de lo anterior, verificada o no una constitución formal de sociedad, se debe solicitar el inicio de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, y dependiendo de la actividad económica de que se trate será más o menos rápida la tramitación de esta solicitud.

Otro fenómeno común al panorama de la EMT es que sus gestores o dueños son también sus trabajadores, situación que en la práctica no permite distinguir la gestión, del trabajo mismo en el negocio.

3.- Concepto de Empresa de Menor Tamaño. No existe un desarrollo jurídico doctrinario del concepto de empresa de menor tamaño. En nuestra legislación es posible referirse al concepto de empresa del Código del Trabajo⁷, sin embargo, de su tenor, no es posible colegir ninguna característica asociada a su tamaño.

Una referencia legal más cercana, no así más certera, es la de la Ley N° 19.749, sobre micro empresas familiares. Esta ley hace una referencia explícita al tamaño (micro empresa) señalando además que cuando se trate de estas empresas, *“no pueden laborar más de 5 trabajadores extraños a la familia”*.

⁷ Artículo 3 inciso tercero: Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa 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.

La expresión Empresa de Menor Tamaño responde a una clasificación que hace hincapié en su tamaño. Su utilización responde al uso poco claro de los distintos tipos de expresiones que se utilizaban para referirse a esta clase de empresas, por ejemplo, PYME, MIPE, MINIPYME, MICROPYME, etc.

Como indicaba, en Chile las EMT se clasifican en micro, pequeñas y medianas empresas.

Una práctica, arbitraria, adoptada básicamente por CORFO y posteriormente repetida por el Servicio de Impuestos Internos, determinó que en base a sus ventas las empresas podían clasificarse en:

3.1 Micro Empresa, son aquellas cuyas ingresos anuales por ventas o servicios, no superan las 2.400 Unidades de Fomento.

3.2 Pequeña Empresa, son aquellas cuyos ingresos anuales por ventas o servicios, son superiores a las 2.400 Unidades de Fomento y no superen las 25.000 Unidades de Fomento.

3.3 Mediana Empresas, son aquellas cuyos ingresos anuales por ventas o servicios, son superiores a las 25.000 Unidades de Fomento y no superen las 100.000 Unidades de Fomento.

Otra clasificación, implícita por cierto, es la contenida en el Código del trabajo vigente y que señala en su artículo 477 que dispone que:

“Las infracciones a este Código y a sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas con multa de una a veinte unidades tributarias mensuales, según la gravedad de la infracción.

Asimismo, si el empleador tuviere contratados cincuenta o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de dos a cuarenta unidades tributarias mensuales.

Con todo, si el empleador tuviere contratados 200 o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de tres a sesenta unidades tributarias mensuales.”

Como se aprecia de los ejemplos vertidos, dependiendo del objetivo, materia o institución de que se trate, la clasificación, o segmentación de estas empresas variará en cada caso.

4.- Características de las Empresas de Menor Tamaño.

4.1 Las EMT en Números. En las últimas décadas, Chile ha implementado y profundizado una estrategia de desarrollo económico y social, persiguiendo equilibrios y estabilidad macroeconómica, profundizando la apertura comercial e incentivando un mejor funcionamiento de las instituciones. El Estado ha focalizado sus políticas de apoyo e intervención en los mercados en los casos en que existen las llamadas fallas de mercado y existencia de bienes públicos, al tiempo que ha asumido un activo rol en el objetivo de superación de la pobreza, a través de diversos programas de protección social, así como de fomento a la capacitación, la inserción laboral e inclusión social.⁸

Todo esto se ha traducido en importantes avances, tanto a nivel de desarrollo de mercados, transformándolos en el motor de crecimiento de la economía chilena, como de reducción de la pobreza. Con ello, el ingreso per capita se ha duplicado entre los años 1988 y 2004, alcanzando un nivel de poco más de US\$ 12.700 en el año 2006, medido en paridad de poder de compra, y la pobreza se ha reducido desde un 38,6% en 1990 a un 13,7% en el 2006⁹.

⁸ Informe Técnico del Proyecto de Ley que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, Ministerio de Economía, Uso reservado. Documento de Trabajo, 2007, 60 Páginas.

⁹ Fuente: Encuesta de Caracterización Socio Económica Nacional, Casen 2006. <http://www.mideplan.cl/casen/pag_publicaciones.html> [consulta 13 de mayo de 2008].

La distribución de beneficios derivados de este desarrollo económico, sin embargo, no ha sido del todo equitativa, parte de ello debido a desigualdades en el acceso a oportunidades para emprender.

El concepto Emprender esta definido en el Diccionario de la Real Academia Española¹⁰ de la como acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro.

En la actualidad, existen en Chile aproximadamente 735 mil empresas formales activas, esto es, inscritas en el Servicio de Impuestos Internos (SII) y con ventas positivas registradas en el año 2006. De ellas, y utilizando una clasificación de tamaños en base a ventas¹¹, un 80% corresponde a microempresas, un 16,5% a pequeñas empresas y un 2,5% a medianas empresas. No obstante esta alta participación en términos numéricos, este grupo de empresas, denominadas en este proyecto como Empresas de Menor Tamaño (EMT), aporta solamente al 17% del total de ventas¹² de las empresas del país y su participación directa en las exportaciones nacionales no supera el 10% del total¹³.¹⁴

4.2 Las EMT y el Empleo. En materia del empleo que generan, si bien existe consenso que su participación en éste es bastante significativa, no se cuenta con una estimación única del porcentaje de empleo generado. Los representantes gremiales hablan del 80% al 90% por ciento del empleo nacional¹⁵ pero la visión de la autoridad pareciera ser otra. Las diferencias se relacionan con la existencia de empleo informal, el cual por definición es difícil de estimar, y las diversas fuentes y supuestos utilizados para estimar el empleo

¹⁰ 22ª Edición, año 2001.

¹¹ Este criterio de clasificación, ampliamente utilizado por el instrumental de fomento productivo asociado al Estado, establece como microempresas a aquellas empresas con ventas anuales (netas de IVA) de hasta 2400 UF, pequeñas empresas a las con ventas superiores a 2.400 UF y hasta 25.000 UF, medianas a las con ventas superiores a 25.000 UF y hasta 100.000 UF. Aquellas con ventas mayores a 100.000 UF son consideradas grandes empresas.

¹² Fuente: Base de Datos Servicio de Impuestos Internos SII (año 2006).

¹³ Fuente: ProChile.

¹⁴ CIPYME; La Pyme en Cifras. En línea. [Consulta: 2 de junio de 2008] <www.paraemprender.cl/prontus_paraemprender/site/artic/20070605/pags/20070605164631.html>

¹⁵ Ovalle, Andrés. Discurso presentado por el Presidente de Conapyme en el 8° Encuentro Nacional de la Pequeña Empresa, Enape 2008; 27 de Agosto de 2007. Santiago.< www.conapyme.cl/pagina.php >

a nivel de empresas. El Servicio de Impuestos Internos, por ejemplo, reporta empleo (no empleados) generado por los diferentes tamaños de empresas¹⁶ a nivel de trabajadores dependientes. En base a esta estimación, las empresas de menor tamaño (definidas en base al criterio de ventas antes indicado) aportan al 53% del empleo generado por el total de las empresas, siendo una estimación que no incluye a los empleadores (dueños) de estas empresas ni tampoco, por razones obvias, a los trabajadores informales.

No obstante las diferencias entre una y otra estimación, es indudable que el empleo otorgado por las EMT incide en forma significativa en la ocupación laboral a nivel nacional.

Otro aspecto vinculado a este punto, dice relación con la imagen del empleador de las EMT; supuestamente estaríamos frente a un empleador informal y precario. La Dirección del Trabajo durante el año 2006 cursó 82 mil infracciones. De las empresas que fueron multadas más del 90% correspondió a EMT. Los conceptos más multados fueron Jornada de Trabajo (41%), Higiene y Seguridad (21%), Remuneraciones (11%) y Contrato de trabajo (9%)¹⁷.

4.3 Las EMT y el Territorio. Según el Centro de Investigación para la Pequeña y Mediana Empresa, CIPYME, existen un total de 120.000 empresas de menor tamaño en Chile, de las cuales el 50% esta instalado en la Región Metropolitana, le sigue la Quinta Región y en tercer lugar la Octava. Las

¹⁶ Esta información del SII de empleo de trabajadores dependientes proviene de las declaraciones anuales de renta que hacen las empresas, y produce en ocasiones doble o múltiple contabilización, en el sentido que un trabajador que simultanea o secuencialmente se desempeña en más de una empresa será contabilizado (y reportado por el empleador) en más de una oportunidad.

¹⁷ Las otras materias son: Materias Previsionales, Negociación colectiva, Protección a los trabajadores, Protección a la maternidad, Organización Sindical, Otras materias, Discriminación, intimidación, vida privada y honra, Término del contrato.< www.dt.gob.cl > [consultado: 7 de septiembre de 2007].

restantes regiones del país se mantienen en márgenes más o menos homogéneos.¹⁸

4.4 Las EMT y el Giro de sus Negocios. El comercio es por excelencia la actividad con mayor número de emprendimientos a nivel nacional, le sigue la prestación de servicios empresariales y las actividades ligadas a la silvicultura, agricultura, caza y pesca. Más atrás es posible encontrar las industrias manufactureras, la construcción y el transporte.¹⁹

4.5 Las EMT y la Gestión de su Negocio. En las EMT, el dueño es habitualmente un trabajador más de la empresa, aunque con máximas responsabilidades, entre las que se cuentan el gestionar eficientemente su empresa, acorde a las normas legales que la rigen. Esta situación supone, en primer lugar, conocer las normas que regulan su actividad y luego saber de qué forma deben implementarse para cumplir a cabalidad con ellas. Sin embargo, cuando las regulaciones son complejas de entender y luego, más difíciles de cumplir (como lo son las que rigen para la actividad empresarial) ya sea porque fueron diseñadas para empresas de otras características o por otras razones, el impacto que generan en las EMT, que no cuentan con las mismas capacidades técnicas ni administrativas de las empresas grandes, es potencialmente mucho mayor. De ahí el mayor riesgo asociado a este tipo de empresas, la latente posibilidad de no observar en la forma debida los mandatos emanados del legislador.

Establecida la premisa entonces que las EMT se gestionan al menos deficientemente, la pregunta que sería correcto responder es, ¿por qué? Algunos autores afirman que “el determinante fundamental de la peor gestión de las empresas en Chile en general y las pyme en particular es la escasez

¹⁸ CIPYME; La Pyme en Cifras. En línea. [Consulta: 2 de junio de 2008] <www.paraemprender.cl/prontus_paraemprender/site/artic/20070605/pags/20070605164631.html> página 56.

¹⁹ *Ibidem*.

relativa de capital humano”²⁰ Señalan los mismo autores que una mejor gestión es resultado de más años de estudios acompañada por la debida experiencia en el giro del negocio, cuestión que evidentemente no es trivial. Luego, dada esta escasez de capital humano, lo que poca capacidad que se encuentra disponible en el mercado esta concentrada en aquellas empresas que pueden pagar mejor por aquella preparación, y en la mayoría de los casos las receptoras del talento son las grandes empresas.²¹

Por otro lado, conviene aclarar que un asunto es la capacidad administrativa del dueño y por otra, el giro del negocio. Lo que eventualmente podría comprar un empresario pequeño en el mercado es capacidad de gestión administrativa, es decir aquella capacidad de gestión de carácter general que permite mejorar los procesos administrativos, de organización y contables de la empresa, pero aquellos que dicen relación con el giro mismo son muchos más específicos. Generalmente es esta capacidad la que mueve al emprendimiento.

5.- Diversas Clases de Empresas de Menor Tamaño. Es posible clasificar a las EMT en diversos grupos atendiendo básicamente a si ellas son formales o informales.

5.1 Micro, Pequeña y Mediana Empresa. Es la primera y básica clasificación, es partir de ella que se sustenta toda la política de mejora regulatoria.²² Ella obedece al ingreso por ventas o servicios que registran dichas empresas por año tributario.

²⁰ LAS PYME: QUIÉNES SON, CÓMO SON Y QUÉ HACER CON ELLAS, 2002, Por CABRERA, ÁNGEL “et al”, 1ª Edición, páginas 66 y sgtes. Sofofa, Santiago Chile.

²¹ Entre las microempresas sólo un 28,3% tienen educación universitaria completa, proporción que aumenta a un 33,5% en el caso de las empresas pequeñas y llega a 46,4% en las empresas medianas. *Ibidem*.

²² **Micro Empresa**, son aquellas cuyos ingresos anuales por ventas o servicios, no superan las 2.400 Unidades de Fomento; **Pequeña Empresa**, son aquellas cuyos ingresos anuales por ventas o servicios, son superiores a las 2.400 Unidades de Fomento y no superen las 25.000 Unidades de Fomento; **Mediana Empresa**, son aquellas cuyos ingresos anuales por ventas o servicios, son superiores a las 25.000 Unidades de Fomento y no superen las 100.000 Unidades de Fomento. *Infra*.

5.2 Formales e Informales. Una EMT es formal en aquellos casos en que ha cumplido todos y cada uno de las obligaciones y cargas legales y reglamentarias que la respectiva actividad económica lleva asociada en el ordenamiento jurídico nacional. Cualquier omisión a los mandatos antes enunciados sitúa a las EMT en el carácter de informales. Ejemplos de trámites vinculados a la formalización de EMT, constitución societaria, iniciación de actividades tributarias, permisos sanitarios, municipales, pago de aranceles, derechos, etc.

5.3 Activas e Inactivas. Dentro de las EMT formales y desde la perspectiva tributaria, son activas aquellas que despliegan acciones, asociadas a su actividad económica y que generan consecuencias tributarias para el ejercicio respectivo. Son Inactivas, aquellas EMT que no obstante encontrarse formalizadas y con sus autorizaciones legales y reglamentarias vigentes, no han realizado gestión alguna asociada a su actividad económica, de manera que no generaran consecuencias tributarias en el ejercicio respectivo.²³ En este segmento se agrupan en general tres tipos de firmas: (a) empresas nacidas en el mismo período por el cual se les calcula el impuesto y que no han registrado movimiento alguno —en términos de ventas de bienes o servicios— en el año considerado; (b) empresas que habiendo estado activas en algunos de los períodos anteriores, están temporalmente con ventas cero en su declaración de impuestos, y (c) empresas que terminan el giro cada año.²⁴

5.4 De Bienes o Servicios. Son aquellas cuyos principales ingresos se derivan de la explotación de bienes o la prestación de servicios.

²³ Se trata mayoritariamente de EMT que no han cumplido con el trámite de término de giro tributario.

²⁴ BENAVENTE, JOSÉ MIGUEL. 2008. La Dinámica Empresarial en Chile (1996-2006). Santiago, Fundes. 132p. (Estudio Elaborado por el Ministerio de Economía, Fundes e Intelis), 2008.

5.5 Exportadoras y No Exportadoras. Son aquellas en que los destinos de los bienes o la prestación de los servicios se encuentran fuera del territorio nacional.²⁵

5.6 De Supervivencia. No son propiamente empresas en el sentido lucrativo o productivo del concepto, se trata de emprendimientos destinados a satisfacer las necesidades básicas (alimentación, techo, vestido) de quien las ejerce. Por definición las actividades asociadas a este tipo de emprendimientos son informales y enfrentan enormes dificultades para acceder a mercados de mayor poder comprador que les permitan concebir un proceso de desarrollo productivo que justifique el inicio de un proceso de incorporación a la economía formal.²⁶ Estos emprendimientos de supervivencia son atendidos básicamente con políticas asistenciales, a diferencia del otro tipo de emprendimientos, que son atendidos con políticas de fomento.

5.7 Microempresa Familiar. Es aquella que funciona en el hogar familiar, que puede desarrollar labores profesionales, oficios, comercio, industria, artesanía, o cualquier otra actividad lícita, ya sea de prestación de servicios o de producción de bienes, con tal que reúna los siguientes requisitos: ser legítimo ocupante de la vivienda, que los activos productivos, excluido el inmueble, no excedan de las UF1.000, que en la microempresa no trabajen más de cinco trabajadores extraños a la familia, que la actividad no sea molesta, contaminante o peligrosa.²⁷

²⁵ Las EMT Exportadoras representan un porcentaje aproximado al 4% del total de las EMT nacionales y el 94% de sus exportaciones corresponden a productos no tradicionales. Fuente, PROCHILE, 2003, CARACTERIZACIÓN DE LAS PYMES CHILENAS, [Diapositivas].

²⁶ INFORME FINAL: HACIA UN CHILE MÁS JUSTO: TRABAJO, SALARIO, COMPETITIVIDAD Y EQUIDAD SOCIAL, Mayo 2008, página 195, Consejo Asesor Presidencial Para el Trabajo y la Equidad, Santiago, Chile

²⁷ Ley 19.749, que Establece Normas para Facilitar la Creación Micro Empresas Familiares, 16 de Agosto de 2001.

Sección II

Importancia de las Empresas de Menor Tamaño en la Economía Nacional

6.- Importancia de la Empresas de Menor Tamaño. Las empresas que representan este sector significan el 99% de la actividad empresarial de Chile²⁸. Este dato es sin duda un antecedente incontrarrestable para comenzar a hacer cualquier reflexión en torno a ellas.

6.1 En una Dimensión Social. Las EMT emplean en Chile, más del 50% de la fuerza de trabajo nacional (formal). Si bien este porcentaje es controvertido por los gremios y las autoridades (los primeros se inclinan por el 90% de la mano de obra y los segundos por el 60%) lo cierto es que su preponderancia es innegable. En este grupo se describen desde empresas formales o informales, personales o familiares de actividades primarias y de baja productividad hasta otras que venden productos o servicios más elaborados, cuyo destino es la exportación. El desarrollo de la EMT contribuye a diversificar las fuentes de producción y de empleo y a dar sustento a grupos y poblaciones asentados fuera de la órbita de influencia de las empresas de mayor tamaño. Desde este punto de vista, las redes de producción y servicios de empresas menores se constituyen como la gran opción de un gran grupo de la población para emprender.

6.2 En una Dimensión Política y Económica. En la actual política de desarrollo económico que se ha definido para potenciar las ventajas comparativas de las distintas regiones²⁹, las EMT se han erigido como elemento esencial de ellas. Los clusters, o conjunto de empresas que forman una rama de encadenamiento productivo que aprovecha las oportunidades cimentadas en redes y que se sustenta en la cadena de valor de esos mismos productos. A partir de la definición estratégica de una industria (por ejemplo, la minería, la

²⁸ Encuesta Casen 2006.

²⁹ Programa Agencias Regionales de Desarrollo Productivo, Contrato BID con Gobierno de Chile, Co-ejecutor CORFO, Santiago, Febrero, 2007.

carne o la leche) se estructura una estrategia que permite potenciar el desarrollo de toda la cadena, desde la gran empresa, hasta las EMT que son las que permiten la externalización o profesionalización de determinadas etapas de esa producción. Esta exigencia productiva ha exigido que las EMT se estructuren en nuevas formas de organización, que busquen precisamente potenciar sus esfuerzos por la vía de la agrupación de redes empresariales.³⁰

6.3 En una Dimensión Jurídica. Las EMT constituyen el segmento más numeroso de las empresas en Chile. Desde esta perspectiva es evidente que surge la necesidad de abocarse a su regulación. La regulación empresarial en Chile es dispersa, no existe una disciplina jurídica que en su centro sitúe a la organización empresarial³¹. En su lugar, existen diferentes regulaciones que respondiendo a las ramas del derecho tradicionales regulan la actividad empresarial.

Una circunstancia de hecho que determina de manera importante el paso a esta dimensión es el tránsito desde la informalidad a la formalidad. Un emprendimiento, que avanza a la formalidad es el que será objeto de las regulaciones existentes en el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido un ejemplo destacable en la legislación nacional lo constituye la Ley 17.749, del 25 de Agosto de 2001, que establece normas para facilitar la creación de microempresas familiares. Esta ley “es una iniciativa que permite mejorar el entorno regulatorio, haciéndolo más amigable para las empresas de menor tamaño que operan en las viviendas de sus dueños”.³² Frecuentemente se piensa que las EMT actúan al margen de las reglas establecidas para la actividad empresarial. Esta afirmación tiene algo de mito y algo de verdad. Las

³⁰ Numerosas regiones del mundo han utilizado en los últimos años, esta estrategia empresarial. En este sentido es importante destacar el caso de los "Cuatro Motores para Europa", Lombardía, Baden-Wuerttemberg, Rhones-Alpers y Cataluña. En Estados Unidos el desarrollo de Silicon Valley, en California. En América latina se destacan los desarrollos industriales de Monterrey en México, la nueva estrategia tecnológica de Costa Rica, y los cluster del salmón y forestales y mineros en Chile. <<http://www.cluster.cl/qes1cluster.htm>> [consulta: 17 Agosto de 2008]

³¹ Sin perjuicio de la afirmación anterior, es pertinente reconocer a partir de unos años atrás ha comenzado a surgir, sobre todo en la cátedra de post grado, el denominado “Derecho de la Empresa”.

³² DE LA CASA A LA FORMALIDAD. EXPERIENCIAS DE LA LEY DE MICROEMPRESAS FAMILIARES EN CHILE, 2006, Por VALENZUELA, M^a ELENA “et al”, 1^a Edición, página 40. CEM y OIT, Santiago Chile.

EMT, para formar cadenas productivas e insertarse en mercados competitivos, deben cumplir con las reglas que el ordenamiento impone, de lo contrario quedan excluidas de la actividad comercial lícita (en nuestro país, afortunadamente, la enorme mayoría), sin embargo, es un hecho, que muchas EMT no pueden cumplir con la totalidad de la reglamentación, la que como hemos planteado varias veces hasta aquí, encuentra su origen en una regulación concebida para grandes empresas.

7.- Instrumentos de Fomento Destinados a la Empresa de Menor Tamaño. En nuestro país existen cerca de 21 organismos públicos formando parte de lo que se conoce como “Red de Fomento”³³. Las políticas públicas de fomento productivo “son aquellas iniciativas gubernamentales expresadas en normas, lineamientos, planes y programas destinados a incrementar la dotación de productividad de los factores, a aumentar la competitividad interna y externa y a eliminar o atenuar las distorsiones del mercado que inhiben o dificultan el desarrollo de los sectores o segmentos de actividad con potencial productivo de mediano a largo plazo”³⁴. Esta institucionalidad cuenta con más de 120 instrumentos destinados favorecer el emprendimiento en los más diversos sectores productivos.

Estos instrumentos “pueden tener la forma de dinero efectivo o de bienes o servicios, como insumos, instalaciones o asesoría, capacitación o información; o, también pueden darse a través de la generación de externalidades positivas para el desarrollo de las empresas”³⁵.

No obstante el panorama anterior, la dispersión de las agencias ha impedido llevar adelante una política clara en torno a estos temas. Esta misma dispersión está presente como consecuencia lógica en el instrumental, lo que ha hecho que las EMT tengan la percepción que dichos instrumentos son insuficientes. Por todas esas

³³ < http://www.paraemprender.cl/red_fomento.html > [consultado: 17 de Agosto de 2008.]

³⁴ MENESES, FRANCISCO; Capítulo II: Recursos Públicos para Fomento Productivo. En: La Situación de la Micro y Pequeña Empresa en Chile, Santiago 2005, Gobierno de Chile, Ministerio de Economía, Página 45.

³⁵ *Ibidem*.

razones (el desconocimiento de la oferta existente) es comprensible que a estas empresas se les haga extremadamente difícil encontrar el instrumento mas adecuado para su actividad. En muchos casos es posible encontrar, incluso, instrumentos que se han duplicado, ya que la administración de cada uno depende de organismos diferentes.³⁶

Para remediar esta situación, el Ministerio de Economía, se encuentra implementando un sistema de información maestro de fomento (SIMFO) que permitirá en lo venidero conocer con claridad el total de instrumentos disponibles en el Estado, su organismo ejecutor, el beneficiario (el número de veces que lo ha sido), y las especiales características del instrumentos para que así el empresario de menor tamaño no termine deambulando por los diferentes servicios públicos en busca del instrumento adecuado para su negocio.

8.- Innovación en la Empresa de Menor Tamaño. Diversas asesorías internacionales (OECD, Hausmann, Banco Mundial) han recomendado a Chile: diversificar su estructura exportadora, mejorar la calidad del capital humano y elevar el esfuerzo y capacidad de innovación. Estos consejos no se limitan a una zona determinada de la política o la economía, sino que por el contrario, el objetivo de cada uno de ellos es extenderse de manera transversal a todos los ámbito posibles, esto es, territorial, educacional, empresarial, institucional, etc.

No existe una definición jurídica de la innovación. El diccionario de la real academia española de la lengua la define en su segunda acepción como la creación o modificación de un producto, y su introducción en un mercado. Esta última característica es importante pues se puede relacionar con las diversas clasificaciones de innovación que hace el Manual de Oslo, publicación emanada de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD).³⁷

³⁶ DOMPER, M^a de la LUZ, , 27 de Agosto 2007, Eliminemos el Exceso de Regulaciones para la Pyme, En: VII ENCUENTRO NACIONAL DE LA PEQUEÑA EMPRESA, . [Diapositivas].

³⁷ Importante referente para el análisis y recopilación de datos en materia de innovación tecnológica, sus alcances, tipos e impactos en el desarrollo de las organizaciones, además de promover una cultura de desarrollo constante.

8.1 En Materia Territorial. La creación de las Agencias Regionales de Desarrollo Productivo en todas las regiones del país son un magnífico ejemplo. Su objeto es promover un desarrollo productivo regional sustentable, que contribuya al mejoramiento de la competitividad regional. Este modelo de agencias responde a un programa promovido desde el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que busca que las Agencias cumplan un papel determinante en cuanto al favorecimiento de condiciones territoriales e institucionales de entorno propicio para el desarrollo productivo sustentable. Dada su composición, en la que preside el Intendente regional acompañado de autoridades y empresarios regionales, es posible conjugar una mirada estratégica con las ventajas comparativas de la región. Este punto de encuentro contribuye a hacer de la región un espacio estimulante para la inversión productiva, la innovación tecnológica y la capacidad emprendedora de las empresas y personas. Sus principales ejes estratégicos son: instalar capacidades locales, constituir, validar e impulsar las Agencias, facilitar la coordinación de la oferta de fomento productivo y articular iniciativas de interés público y privado con impacto territorial, proveer información sobre las oportunidades productivas de la región, favorecer un entorno propicio para la innovación y el emprendimiento y favorecer la cooperación interregional e internacional.

Desde el punto de vista de su orgánica, estas ARDP están constituidas por un Consejo Directivo, además de dos subcomités, uno de Fomento de Productivo y otro de Innovación.³⁸

8.2 En Materia Educacional. El Gobierno de Chile, a través del Ministerio de Economía, suscribió el año 2004 un contrato con la Unión Europea (UE) denominado de Empresas Innovadoras. Este contrato se estructura sobre tres grandes ejes: el territorial, el institucional y el de innovación. Sobre este último cabe destacar el valioso impulso que significó para nuestro sistema educacional el acuerdo al que arribaron los Ministerios de Economía y Educación tendiente

³⁸ Para ver más, < www.ardp.cl >

modificar la malla curricular de la enseñanza básica y que integró a dicha estructura la asignatura de emprendimiento e innovación, la que además incluyó un componente de género, pues la asignatura no discrimina en tareas para hombres y mujeres. Sin duda, este acuerdo del todo estimulante para las nuevas generaciones promoverá un cambio cultural de la nación entera frente a lo que precisamente se quiere inculcar, una cultura del emprendimiento³⁹. Esto sin duda es importante, pero también lo es la inversión en capital humano. Sin este elemento “no se puede responder a los “desafíos de la globalización y la economía del conocimiento (...) esto es, de la capacidad de las personas para resolver nuevos problemas mediante el ejercicio de conocimientos, competencias y habilidades adquiridas, elevando su productividad y calidad de vida”⁴⁰.

8.3 En Materia Empresarial. En relación con los puntos anteriores, es posible percibir que los esfuerzos transversales apuntan a promover un entorno favorable para las EMT en todas direcciones. Es así como el Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad ha dicho que existe un acuerdo básico y este es que “el epicentro de la innovación esta en la empresa, porque es allí donde se termina de convertir el conocimiento en riqueza. Por lo tanto, mientras trabajadores, ejecutivos y empresarios no se constituyan en protagonistas principales del proceso de transformación económica y social, este seguirá siendo parcial e insuficiente, por no decir, estéril”.⁴¹ En relación con esta idea subyacente es que se estructuraron las Agencias Regionales de Desarrollo Productivo. Sin embargo y como lo indica este mismo informe, el esfuerzo no estaría completo si el Estado a través de sus organismos no hace un esfuerzo por terminar de conjugar las mejores condiciones para favorecer el emprendimiento.

³⁹ Para ver más, < www.empresasinnovadoras.cl >

⁴⁰ CONSEJO NACIONAL DE INNOVACIÓN, 2008, Hacia una estrategia Nacional de Innovación por la Competitividad, Volumen II, Ministerio de Economía. Página 9.

⁴¹ *Ibidem*, página 13.

8.4 En Materia Institucional. Tal como lo señalara hace unos párrafos atrás, uno de los ejes en que se estructura el Convenio de la Unión Europea sobre Empresas Innovadoras es el de Institucionalidad; para esos efectos se destinaron esfuerzos para que las EMT chilenas logaran el patentamiento efectivo y oportuno de sus innovaciones. Para avanzar en ese objetivo el Ministerio de Economía y el extinto Departamento de Propiedad Industrial trabajaron en la creación de una nueva institucionalidad, que fue aprobada por el Congreso Nacional y que se materializó en la Ley N° 20.254, del 14 de Abril del 2008, que crea el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI). El INAPI es un organismo de carácter técnico, encargado de la administración y atención de los servicios de propiedad industrial. Tendrá la estructura de un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y estará sometido a la supervigilancia de la Presidenta de la República por intermedio del Ministerio de Economía. Por otro lado, esta nueva institucionalidad permitirá que los usuarios del sistema de patentamiento puedan tener acceso a la información mundial disponible en materia de alternativas tecnológicas. Esto último permitirá a las empresas adquirir tecnología en mejores condiciones, así como apoyar a las instituciones que efectúan investigación y desarrollo.^{42 43}

Otros avances en esta misma línea lo constituyen, entre otros, la creación del Fondo de Innovación para la Competitividad, cuyo ejecutor es la Subsecretaría de Economía y que tiene la misión de unificar el gasto de innovación, darle “visibilidad y accountability”, generando de esta forma un cambio estratégico en las políticas de innovación. En la misma línea de acción la creación del Consejo Estratégico de Innovación que tiene como tarea entregar una Estrategia País en materia de innovación. Este consejo en el cumplimiento de su cometido, ha logrado reunir a profesionales altamente calificados en estas

⁴² SECRETARÍA EJECUTIVA COMITÉ DE MINISTROS PARA LA INNOVACIÓN, 17 de Diciembre 2007, Institucionalidad del Sistema Público Nacional de Innovación. [Diapositivas] .

⁴³ Téngase presente además que ya se encuentra aprobado en Chile el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, PCT (Patent Cooperation Treaty).

materias quienes han convergido en los principales ejes estratégicos que con anterioridad se han mencionado.⁴⁴

Las ARDP, cuyos principales aspectos ya fueron desarrollados, son otro ejemplo concreto de los avances en materia de institucionalidad vinculada a innovación.

9.- La Competitividad de la Empresa de Menor Tamaño. Entre las condiciones necesarias para generar un aumento de la competitividad de las EMT, podemos convenir que la descentralización regional, materializada en la capacidad de sus autoridades, empresarios, universidades, centros de investigación y sociedad civil, deben definir una visión estratégica de la actividad empresarial orientada a ese objetivo.

9.1 En Términos Generales. Esta capacidad de competir, requiere promover un desarrollo productivo regional sustentable, que contribuya al mejoramiento de la competitividad local. Para ello debe acentuarse la implementación de una oferta de fomento productivo con pertinencia territorial, además de gestionar condiciones de entorno, tales como infraestructura, capital humano y social, y ambiente de negocios.

En este escenario los principales obstáculos que deben enfrentar las EMT son la concentración de negocios, la competencia desleal, la escasez de recursos humanos y materiales, el escaso acceso a recursos tecnológicos y estratégicos, la ausencia de financiamiento crediticio y la dependencia de las grandes empresas⁴⁵. Por lo anterior es que se hace necesario, en la creación de la política, en su diseño, tener presente la necesidad de una entidad coordinadora y concedora de todos estos obstáculos.

9.2 En Términos Específicos. Sin duda el exceso de regulaciones también impacta negativamente en la competitividad de las EMT. Cuando el

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ JORNADA TEMÁTICA: POLÍTICAS PÚBLICAS Y LEGISLATIVAS PARA LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA. 2007, Santiago de Chile, Cámara de Diputados, Conapyme y Sercotec, 97 páginas.

emprendedor esta en condiciones de desarrollar empresarialmente una buena idea encuentra una serie de barreras cuando decide comenzar un negocio. Aquellos con experiencias empresariales menos exitosas se ven enfrentados, en el otro extremo, a barreras para culminar el negocio emprendido. El principal obstáculo en este punto es lograr sanear el crédito del empresario.

El ranking internacional elaborado por el Banco Mundial, denominado Doing Business⁴⁶, ha revelado exactamente cual es nuestra posición en comparación con los restantes países del continente y del resto del mundo. Así por ejemplo, es posible advertir que Chile, no obstante su buena ubicación a nivel continental (primer lugar) esta muy lejos de los resultados de países desarrollados; en Chile se requieren 9 procedimientos para empezar un nuevo negocio, lo que involucra 27 días en promedio y un costo de 8,6% respecto del ingreso per cápita. No obstante, en países como Australia se requieren sólo 2 procedimientos y 2 días para realizarlos.

Siguiendo con el ranking, en manejo de licencias, es decir, regulaciones que deben cumplirse para comenzar un nuevo negocio, como por ejemplo, los permisos que se requieren en el sector construcción, o los contemplados por la autoridad sanitaria, estamos peor que el año 2006. En efecto, el nuevo índice muestra que se requieren 18 procedimientos (versus 12 del índice anterior), lo que involucra un total de 155 días y un costo de 128% respecto del ingreso per cápita.

Las regulaciones laborales también han aumentado (según Doing Business) el índice de rigidez del empleo, el que es de 24, mejor que el resto de los países latinoamericanos, pero muy lejano del óptimo del ránking, si consideramos que en Hong Kong, China es 0. En Chile el costo de despedir a un trabajador, sigue

⁴⁶ *Doing Business* 2008 es el quinto de una serie de informes anuales que investigan las regulaciones que mejoran o limitan la actividad empresarial, presenta indicadores cuantitativos sobre las regulaciones empresariales y la protección de los derechos de propiedad que pueden compararse entre 178 economías (desde Afganistán a Zimbabwe) y a través de varios años.

El reporte estudia las regulaciones que afectan a diez fases de la vida empresarial: apertura de una empresa, manejo de licencias, empleo de trabajadores, registro de propiedades, obtención de crédito, protección de inversores, pago de impuestos, comercio transfronterizo, cumplimiento de contratos y cierre de una empresa. Los datos de Doing Business están actualizados a fecha 1 de junio de 2007. Los indicadores se emplean para analizar resultados económicos e identifican lo que han conseguido las reformas, así como el dónde y el por qué de esos logros.

siendo altísimo en comparación a países como Nicaragua, Uruguay o Costa Rica, que están mejor ubicados en el referido ranking.

En materia de cumplimiento de contratos, se requieren en nuestro país 36 procedimientos para hacer cumplir un contrato (versus 33 del año 2006) lo que tarda alrededor de 480 días (considerando trámites como la presentación de la demanda, notificación, contestación de la demanda, diligencias de prueba, sentencia, cobros ejecutivos, etc.). En otros países, como Singapur, es posible hacer cumplir los contratos en tan sólo 120 días.

En materia de cierre de empresas (asociado en Chile principalmente al trámite de término de giro tributario) el promedio que resulta es de 4,5 años con un costo de 14,5% de los bienes y una tasa de recuperación que no supera el 24%. En otros países como México el tiempo que demora en cerrar una empresa es de 1.8 años y la tasa de recuperación es de 64%.^{47 48}

En virtud de lo expuesto en este punto, las diversas regulaciones que se aplican a la actividad empresarial, no necesariamente logran su cometido y en la práctica, muchas de ellas van generando costos que tornan en ineficiente a esa regulación. Los costos de estos procesos regulatorios y sus impactos en el desarrollo y promoción de las empresas de menor tamaño, han generado la necesidad de redefinir el concepto de regulación en relación al sujeto llamado a cumplirlas, en el caso concreto, a las empresas de menor tamaño.

El estado de las cosas no es pacífico, menos hoy donde se ha hecho presente esta situación por parte de los gremios que agrupan a estas empresas de menor tamaño, y, además cuando la autoridad, ha reconocido y esta llana a tomar medidas, pues parece evidente y de toda justicia que no se puede “aplicar ley pareja” (igualdad formal) a quienes son tan desiguales (igualdad material).

⁴⁷ WORLD BANK, Doing Business, 2008, 5ª Edition, Word Bank, 222 páginas.

⁴⁸ Domper, M^a de la Luz, Urgencia de Aumentar la Competitividad a Través de Reformas Microeconómicas, Análisis Publicado por Libertad y Desarrollo, Septiembre de 2007. En: < www.lyd.cl > , [Consultada: 30 de diciembre de 2007].

Conclusiones del Capítulo. De lo analizado en este capítulo es posible afirmar que el desarrollo de políticas y regulaciones no es un fenómeno reciente, ni circunscrito a un ámbito o región del país. Las acciones desplegadas para generar los mejores escenarios de desenvolvimiento para estas empresas entregan una verdadera visión de la importancia que su desarrollo tiene no sólo para la economía sino para las personas en cuanto a la búsqueda de su mayor realización personal y material posible. Es importante realzar la enorme importancia que los instrumentos de fomento y la innovación tienen en este proceso, de ahí entonces su trascendencia en el desarrollo de este tema.

CAPITULO SEGUNDO

REGULACION CHILENA PARA EL DESARROLLO DE UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Resumen: En este capítulo abordamos algunos aspectos del orden público económico, su evolución y diversas opiniones vertidas por juristas nacionales. A raíz de lo anterior, en gran parte de este capítulo desplegaremos detalladamente algunos aspectos que dan cuenta del avance del panorama normativo, entre ellos se destaca la ley de micro empresas familiares, la ley general de cooperativas, la ley de empresa individual de responsabilidad limitada, la ley de sociedad de garantía recíproca, entre varias otras, y que explican como el proceso de mejora regulatoria comenzó pero no de manera integral, o no de la forma como ha sido concebido en la ley materia de nuestro estudio.

Sección I

Orden Público Económico y Derecho Económico

10.- La Constitución Política de 1980. El José Luis Cea Egaña define el Orden Público Económico como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución.⁴⁹

A su vez, el Emilio Pfeffer Urquiaga define el mismo concepto como “el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas”.⁵⁰

Este concepto no sólo es de índole constitucional, comprende el conjunto de principios y normas en sus diversas jerarquías y especies. Se extiende tanto al sector público como al privado, así como a la economía nacional y extranjera.

⁴⁹ CEA EGAÑA, JOSE LUIS, Tratado de la Constitución de 1980, Editorial Jurídica, Santiago, 1988.

⁵⁰ PFEFFER U., Emilio. Manuel de Derecho Constitucional, 1 Edición, Editorial Conosur. Santiago, Chile. Página 405.

De los objetivos del orden público económico, en consecuencia, emanan los valores que sobre el hombre, la comunidad y el Estado han sido plasmados en la Constitución. De manera que la economía es una materia que el derecho debe regular en virtud de esos mismos valores estipulados y sancionados por una nación.

La Constitución Política de 1980 en su artículo 19 número 21 inciso primero establece que asegura a todas la personas:

“21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”

Y en su número 22:

“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos;”

El numeral 21 consagra el punto de partida para toda persona natural o jurídica que desee emprender una actividad lucrativa. Es la manifestación, pero económica, de otra garantía constitucional y que es el derecho a la libertad, o más precisamente a la expresión conocida como “libertad de empresa”.

Así mismo, “se consideró que esta manifestación del derecho de libertad venía a ser una complementación del principio de subsidiaridad”.⁵¹

⁵¹ VERDUGO M., Mario “Et al”. Derecho Constitucional. Tomo I Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. Julio de 1994.

Este derecho se otorga de manera preferente a los particulares, reservándose al Estado esta actividad en forma subsidiaria.⁵²

Tan centrales son ambas garantías para el desarrollo empresarial que se ha dicho que el “N° 21 no constituye una disposición aislada, sino que esta en particular ubicada en el centro del entramado público económico, al que concurren el resto de los principios y disposiciones de la Carta”.⁵³

Se puede afirmar entonces que “el código político nacional contiene una serie de preceptos que trasuntan principios del orden público económico, tales como: la libertad económica, la subsidiaridad del Estado, la no discriminación, la propiedad y el derecho a su protección (...) todos preceptos que en forma nítida han llevado a sostener la existencia del concepto de la Constitución Económica”.⁵⁴

En efecto, cabe destacar que dichos principios “en forma sistematizada, no aparecían en el texto constitucional anterior”⁵⁵

De la misma forma corresponde destacar que el Estado y sus organismos deben respetar la mencionada libertad siempre y en todo momento, “sea que actúen como autoridades públicas o como competidores o empresarios (...)”. El profesor Domingo Valdés entiende que esto no se cumple:

a) En cuanto a autoridad pública:

- I. Al lesionar este derecho fundamental especificando limitaciones que no correspondan al orden público, la moral, las buenas costumbres o la seguridad nacional o bien que aquellas que sean correctamente especificadas, pero por una autoridad pública infralegal y,

⁵² CARVALLO HERERRA, Sergio; Manual de Legislación Económica, Editorial Jurídica de Chile, página 33, Santiago, Abril, 1983.

⁵³ FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo; Derecho Constitucional Económico, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, página 118, Santiago, Abril, 2001

⁵⁴ ZAVALA, José Luis. Derecho Económico. 1ª Edición, Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. Marzo de 2004.

⁵⁵ PFEFFER U., Emilio. Manuel de Derecho Constitucional, 1ª Edición, Editorial Conosur. Santiago, Chile. Página 405

- II. Al imponer regulaciones a dicho derecho cuya substancia no provenga de la ley o bien aunque proviniendo de ley afecten la esencia de este derecho o impidan su libre ejercicio y,
- b) En cuanto competidor: al obtener el Estado y sus organismos o sus empresas privilegios, subsidios exclusivos o monopólicos en su sentido jurídico que le permitan competir en condiciones más ventajosas cuya causa no es la propia actitud competitiva sino que alguna circunstancia exógena de las antes anotadas.”⁵⁶

Es en estos aspectos donde se detectan, los primeros indicios que dan cuenta de la necesidad de una mejora regulatoria, y que por ende sugieren un cambio profundo al sistema de promoción y reconocimiento a la pequeña empresa en nuestro sistema constitucional, “al no existir un trato diferenciado para las empresas de menor tamaño se estaría atentando directamente contra el derecho de estos empresarios desarrollar cualquier actividad económica”⁵⁷.

Los ejemplos que se dan para sustentar lo anterior dicen relación con la necesidad de organizarse como persona jurídica para acceder a alternativas de financiamiento, la escasa y mal implementada red de información para generar emprendimiento, los impuestos a los préstamos, el excesivo número de trabas administrativas para iniciar una actividad, etc.

Por otro lado, el artículo 19 en su numeral 22 ofrece las atribuciones para proponer efectivamente regulaciones que distingan, de manera fundada, en atención al sujeto llamado a cumplir la norma.

En efecto, dicha norma “establece una excepción con características determinadas que serían las siguientes:

⁵⁶ VALDEZ PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. 1ª Edición. Santiago, Chile.

⁵⁷ PUELMA, Bárbara, Taller “Hacia un Marco Regulatorio Sin Discriminaciones Contra las EMT”, viernes 7 de Mayo de 2007, Cipyme y Ministerio de Economía.

- a) Las discriminaciones arbitrarias están prohibidas, ellas están permitidas sino lo son y si se establecen por ley.
- b) Se autoriza a la ley y no a las autoridades administrativas a establecer beneficios o gravámenes, siempre que estén destinados a un sector actividad o zona geográfica.”⁵⁸

Si pensamos que la misma carta fundamental en su artículo 19 número 2 dispone “*la igualdad ante la ley*” las empresas de menor tamaño al no contar con un estatuto jurídico especial por algunas de las consideraciones ya enunciadas, no estarían en igualdad de condiciones para competir con las grandes empresas dada la gran cantidad de exigencias normativas.

En este punto discrepamos de aquellas posturas, básicamente porque el constituyente desplazó hacia el legislador la atribución de regular la actividad económica cuando señala “respetando las normas legales que la regulen”. El constituyente que parte desde una hipótesis de igualdad formal entregó el elemento diferenciador a la ley para que sea ésta quien haga la distinción.

Para estas opiniones no se estaría dando un contenido a la garantía constitucional del artículo 19 número 2º porque en la práctica la igualdad consagrada en la garantía constitucional es formal y no material, esta igualdad carecería de un contenido político, económico y social.⁵⁹

11.- La Diferencia, la Discriminación y la Arbitrariedad. La igualdad es un concepto amplio que sólo adquiere sentido cuando se lo relaciona concretamente con otro objeto o sujeto eventualmente comparable. Así, si pensamos que la igualdad es un elemento de la justicia y que esta implica dar a cada uno lo suyo, habrá que detenerse entonces que en aquello que se dé, se haga o se entregue, lo sea sin diferencias o discriminaciones. Esta reflexión entonces nos lleva a concluir que la igualdad implica

⁵⁸ PFEFFER U. Emilio, Op. Cit. Página 406.

⁵⁹ CIPYME, Hacia un Marco Regulatorio sin discriminaciones en Contra de las Empresas de Menor Tamaño, Mayo de 2007, 50, páginas.

que los iguales deben tratarse de esa forma, igual, y de manera diversa a aquellos que son distintos.

11.1 Diferencia. El principio jurídico de la igualdad “sólo tiene sentido allí donde puede detectarse lo diferente. En efecto y paradójicamente, cuando se enfrenta el principio de igualdad no importa tanto ésta como las diferencias que es preciso detectar, sea para considerarlas y establecer un trato justo por lo diverso o para que sean suprimidas en áreas de la igualdad de oportunidades”.

⁶⁰

La diferencia nunca podrá ser absoluta, sino tal como ocurre con la noción de igualdad, la diferencia tiene carácter relativo, por cuanto dentro de los términos a cotejar deben existir caracteres que, en definitiva, justifiquen o ameriten la comparación.⁶¹

11.2 Discriminación. La Real Academia Española de la Lengua define en su segunda acepción la discriminación como “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos o políticos, etc.” Siguiendo a Miguel Fernández y en virtud de lo anterior, se afirma que se puede discriminar en dos casos: a) Cuando se confiere el mismo tratamiento a entidades que son diferentes y dicho proceder se refiere precisamente a aspecto, cualidad o condición en que estriba la diferencia (..) o, b) cuando se trata de manera diversa a quienes son iguales y el trato que se dispensa se refiere, justamente a aquello en que son iguales.⁶²

En definitiva, discriminar es conferir un trato de privilegio o inferioridad a quien se encuentra en la misma situación que aquel con el que se lo compara, incidiendo el trato precisamente en aquello que los equipara, o en tratar igual a dos entidades, en circunstancias que entre ellas media una diferencia que,

⁶⁰ FERNÁNDEZ, MIGUEL ANGEL, 2004, Principio Constitucional de Igualdad Ante la Ley, Santiago, Lexis Nexis, página 47.

⁶¹ BENIGNO ILDARRAZETA, L. 1999, Derecho Constitucional y Administrativo, Córdoba Ediciones, página 95. Citado por Fernández, Miguel. Op. Cit.

⁶² FERNÁNDEZ, MIGUEL ANGEL, 2004, Principio Constitucional de Igualdad Ante la Ley, Santiago, Lexis Nexis, página 56 y 57.

como tal, debe ser considerada, ya que el trato recae, justamente en lo que las hace distintas. Discriminar es prodigar entonces un trato arbitrario.⁶³

Sin perjuicio de lo antes mencionado existen acciones positivas relacionadas con la discriminación, tales como las acciones de promoción, la asignación de cuotas, entre otras.⁶⁴

La posibilidad que el legislador introduzca estas diferencias no arbitrarias en la ley es porque atiende a justificaciones objetivas que precisamente hacen la diferencia entre lo arbitrario y lo razonable.⁶⁵

11.3 Arbitrariedad. Como se señalara en el punto anterior, en la base de toda discriminación esta la arbitrariedad, por la arbitrariedad es que la discriminación resulta totalmente reprochable y sancionable.⁶⁶ Sin embargo la garantía contemplada en el numeral 22 del artículo 19 de la Constitución instruye la proscripción de la “discriminación arbitraria” y la discriminación de la que hablamos no lo es.

12.- El Juicio de Igualdad Empresarial. El desarrollo de este trabajo encuentra sustento precisamente en la búsqueda de razones que expliquen y justifiquen la necesidad de mejoras regulatorias para las empresas existentes en nuestra economía. Por ello es que nos preguntamos, ¿son iguales las empresas? Para responder podríamos acudir a alguna definición sustentada en los fines de la organización empresarial⁶⁷, sin embargo, aquello no es suficiente. “El ejercicio de determinar quienes son asimilables es fundamental para los efectos de los parámetros de la ley. Si el legislador esta constitucionalmente constreñido a agrupar a los destinatarios de sus normas sin exclusiones ni inclusiones que no se funden en que ellos se hallen o no en

⁶³ Ibídem, página 58.

⁶⁴ Para ver más sobre acciones positivas, Ibídem, páginas 60 y siguientes.

⁶⁵ FERNANDOIS, Op. Cit. Página 270.

⁶⁶ Ibídem, páginas 73 y siguientes.

⁶⁷ Por ejemplo, el Código del Trabajo en su artículo 3° inciso tercero señala que “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa 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.

las mismas condiciones, es insoslayable identificar un criterio que permita responder a esta pregunta.”⁶⁸

Es por lo anterior entonces que parece clara la respuesta. No son iguales. Las empresas efectivamente ostentan una calidad esencial, la de empresas, sin embargo, las EMT no cuentan con una posición o situación similar frente a los propósitos de la ley. El tamaño de las empresas es justificación suficiente, hay razones objetivas que avalan esta postura y que fueron latamente desarrolladas en el primer capítulo de este trabajo. No es proporcional ni justo entonces seguir tratando a todas a las empresas como iguales, por el contrario, aparece como absolutamente racional y justo hacer la diferencia a través de una regulación especial.

Por otro lado es importante destacar que la necesidad de generar condiciones especiales para las EMT no dicen relación con la finalidad que se transformen todas en grandes empresas, la Igualdad de la que hablamos, es una “igualdad de oportunidades, no se trata de una igualdad de resultados”⁶⁹. La igualdad que se busca con la mejora regulatoria tiene por objeto que todos tengan la misma oportunidad de cumplir las regulaciones, de ajustarse al Derecho y de esa forma participar en el mercado.

Sección II

Revisión de Algunos Códigos y Normas Relacionadas con las Actividades Empresariales.

13. – Las Ramas del Derecho con Impacto en la Actividad Empresarial. En el plano legal es conveniente dividir el análisis por rama del Derecho para demostrar, en términos generales, que la legislación con impacto en la empresa genera costos que pueden ser muy onerosos, y en muchas ocasiones “insoportables” cuando el sujeto es una EMT:

⁶⁸ FERNANDOIS, ARTURO, Op. Cit. Página 261.

⁶⁹ Valdés Prieto, Op. Cit, página138.

13.1 Código de Comercio⁷⁰. Se trata de un ordenamiento que data del año 1865. Desde esa fecha hasta ahora, ha sufrido una serie de modificaciones, la mayoría de ellas inorgánicas.⁷¹

En cuanto al contenido mismo de este Código, es posible hacer presente una serie de ejemplos que demuestran que en estos casos el legislador ha desarrollado su labor siempre teniendo presente un concepto de empresa neutro, sin consideración a ninguna otra variable que no sean sus fines, el lucro en este caso. Sin embargo y como lo hemos sostenido a lo largo de este trabajo, la realidad de las empresas, sobre todo de aquellas que están en el primer eslabón del emprendimiento, como son las EMT, exigen hacer un nuevo estudio de estas regulaciones.

En los artículos 22 y siguientes se dispone que deberán inscribirse en el registro de comercio una serie de documentos que forman parte de lo que se establece como “obligaciones de los comerciantes”. Esta norma impone una obligación bastante gravosa en términos económicos por el elevado costo de dichas inscripciones en el registro de comercio. Si bien la inscripción de los poderes es uno de los casos en que la inscripción es facultativa, ya que es sólo necesaria para hacer fe respecto de los socios y no de terceros, es tremendamente frecuente que los bancos e instituciones financieras soliciten estos documentos inscritos.

El artículo 34 hace presente que “los libros que adolezcan de vicios no tendrán valor en juicio a favor del comerciante a quien pertenezcan”. Es lógico que los comerciantes, titulares de una EMT, estén más propensos a cometer errores pues en su mayoría carecen de los recursos humanos y materiales para responder a todos los desafíos que impone el giro, y sobre todo la administración de un negocio.

⁷⁰ Chile, Ministerio de Justicia, 1865, Código de Comercio, 23 de Noviembre de 1865.

⁷¹ Se derogó el libro IV del Código de Comercio que contenía la normativa relativa al procedimiento quiebras, se estableció una legislación aparte, años después la citada ley fue nuevamente derogada e incorporada de nuevo al libro IV del mencionado Código, pero con la numeración correlativa correspondiente a la ley que se trasladó.

El artículo 338 dispone que puede ser factor de comercio “toda persona que tenga la libre administración de sus bienes”. Continúa la norma indicando que pueden serlo “el hijo de familia, el menor emancipado y la mujer casada que hubiere cumplido 17 años siendo autorizados expresamente por su padre, curador o marido para contratar con el comitente y desempeñar la factoría”. Se trata de un mandato legal incongruente con una serie de normas legales, entre ellas la que dispone la posibilidad de la mujer de actuar dentro de su patrimonio reservado, y más pertinente con el objeto de nuestro trabajo, estaría en franca oposición con la ley de microempresas familiares. Invocar esta norma podría generar la nulidad de las actuaciones de miembros de esa familia, que son parte de la estructura empresarial.

En materia de constitución societaria, la mayoría de los requisitos legales confluyen en la autorización ante notario, la inscripción en los registros de comercio y publicaciones, trámites todos en extremo onerosos. El acuerdo privado de los socios debería ser suficiente para autorizar el inicio de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos.^{72 73} Sin perjuicio de lo anterior conviene hacer presente que se encuentra actualmente en discusión parlamentaria un mensaje que tiene por objeto reformar el sistema notarial y registral (Boletín N° 5836) y que sin eliminar los trámite mencionados con anterioridad pretende modernizar un sistema que fue concebido durante el siglo XIX y que en nada se ajusta ya a las exigencias y tiempos de la vida moderna. Sin eliminar trámites, las diferentes de etapas de una constitución societaria serán, según el tenor del proyecto, llevadas a cabo a través de un sistema de plataformas interconectadas que permitirán ahorrar tiempo y dinero en su celebración, sin la necesidad de cuestionar la razón de la intervención de

⁷² De hecho y como lo mencionara en el capítulo anterior, nuestro país no tiene un sistema de apertura rápida de empresas a diferencia de otros países de América (México) y del mundo. Esta situación es una de las principales causas en la merma de competitividad chilena. El tiempo y el costo asociado al emprendimiento en Chile esta resumido por el estudio Doing Business en 9 pasos que tardan aproximadamente 20 días, característica que nos sitúa muy abajo en los ranking internacionales, a diferencia del número 1, Singapur, que sólo tiene 1, con costo cero y en un mismo día.

⁷³ La mayoría de los ejemplos desarrollados fueron resultado de las notas tomadas en el Taller: “Hacia un Marco Regulatorio sin Discriminaciones en contra de las EMT”, exposición realizada por el abogado, Cristian Riquelme, Santiago, 11 de mayo de 2007.

ministros de fe o de medidas de publicidad asociadas a la celebración de actos jurídicos.

13.2 Ley N° 20.073 que fija el nuevo texto de la Ley de Quiebras.⁷⁴ Esta ley no define lo que debe entenderse por quiebra, en su lugar define la finalidad del juicio de quiebra indicando que “tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”.

Hoy en día existen en Chile 133 mil contribuyentes que, habiendo iniciado actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, no presentan registros de ventas, es decir, están inactivas. Sin embargo, de acuerdo a los registros del SII, sólo el 31% de estos posee deuda tributaria, el resto de las empresas no ha cerrado ni quebrado formalmente, y si bien no se sabe con certeza la razón de ello, una primera explicación se relaciona con la dificultad que enfrentan estas empresas para formalizar su cierre.

Pareciera ser que la afirmación aquí es que las EMT no quiebran, sólo dejan de operar, pues hacer frente formal a las deudas y a sus acreedores resulta demasiado complejo y oneroso.

Hace algún tiempo atrás tuvo lugar un foro convocado por la Cámara Nacional de Comercio en el que se discutió acerca del estado de la ley de quiebras, si ella estaba o no alineada con los ideales de desarrollo económico, si efectivamente las leyes N° 20.004 y N° 20.073 habían sido (o no) la solución a los problemas que se pretendía corregir. Al parecer la respuesta no fue satisfactoria.

El 8 de marzo de 2005 fue publicada la Ley N° 20.004, que modificó la Ley N° 18.175 sobre quiebras, fortaleciendo a los síndicos y la Superintendencia de Quiebras, y dando más transparencia a la administración privada de quiebras. El Diario Oficial del 24 de noviembre de 2005 publicó la Ley N° 20.080, cuyo objetivo fue precisar el sentido y consecuencias que tuvo la Ley N° 20.004, de marzo de 2005, al modificar la Ley de Quiebras. La nueva ley, aclara que la Ley

⁷⁴ Ley N° 20.073 del 29 de Noviembre de 2005, que fija el nuevo texto de la Ley de Quiebras, Ministerio de Justicia.

N° 20.004 derogó los artículos que se referían a los plazos en que el síndico de quiebras debía rendir la cuenta definitiva de su gestión y a los honorarios del síndico provisional o definitivo. Tales elementos no habían quedado bien especificados en la norma de marzo. Además, se incorpora al Código de Comercio la Ley de Quiebras, con excepción de su Título II, que se mantiene como la Ley Orgánica de la Superintendencia de Quiebras.

Respecto a la Ley N° 20.073 es posible esbozar las mismas críticas que las vertidas a propósito del Código de Comercio. Además de ellas, se agrega la falta más absoluta de coherencia entre lo consagrado en la norma (o en su espíritu) y sus posteriores modificaciones. La regulación concursal debe, por un lado, buscar la liquidación eficiente de los activos del deudor, y por otro, reinsertar prontamente al empresario (deudor) al mercado que necesita de su experiencia, minimizando de esta forma los fracasos del emprendimiento. En opinión de Axel Busheister, Director Jurídico del Instituto Libertad y Desarrollo, “la quiebra es concebida como un procedimiento de castigo, que supone al deudor como autor de un delito y lo estigmatiza. Esta percepción social produce efectos negativos en el emprendedor, porque lo disuade de iniciar una nueva empresa”⁷⁵ y lo retrasa en el saneamiento de su crédito.

13.3 Código del Trabajo.⁷⁶ Este cuerpo normativo contiene algunas distinciones en razón del tamaño de la empresa. La primera que me interesa hacer presente es aquella que dice relación con las sanciones, aumentando progresivamente el monto de estas en la medida que ellas tienen más trabajadores. Esta clasificación sin embargo adolece de dos defectos, el primero es que es implícita y el segundo es que subsume en el primer segmento a lo que hemos denominado como micro y pequeña empresa.

Existen algunas obligaciones laborales en las que la micro, y en algunos casos la pequeña empresa se eximen de tener o financiar salas cuna para madres de niños menores de 2 años, pues sólo se aplican en lugares donde haya 20

⁷⁵ BUSHEISTER, AXEL, Agosto 2008, ¿Tenemos una Buena Ley de Quiebras?, En: Seminario ¿Tenemos una Buena Ley de Quiebras? Universidad Adolfo Ibáñez. [Diapositivas].

⁷⁶ Chile. DF N° 1, del 16 de enero de 2003. Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

mujeres o más; asimismo se encuentran liberadas de la obligación de cumplir con la constitución de un Comité paritario de higiene y seguridad, pues esta obligación lo exige para aquellas empresa con 25 o más trabajadores, respectivamente.

Como se ve, este Código no se caracteriza por hacer una regulación sistemática del tema. En efecto, el artículo 477 es una norma residual en materia de sanciones; ella señala que para “el caso de no haber una sanción expresa señalada por la ley” se aplicarán las señaladas en esa norma.

Las materias laborales son especialmente polémicas, cualquiera que sea el escenario en que ellas se discutan. Por un lado aparece el trabajador, sujeto vulnerable que necesita una tutela, en muchos casos irrenunciable para hacer efectivos sus derechos. Sin embargo, nuestra tesis es que las EMT también son un sujeto vulnerable, en otro ámbito claramente. Con este trabajo no buscamos dotar a las EMT de protección irrenunciable, lo que se pretende es justificar que una mejora regulatoria en materias transversales de la regulación jurídica empresarial, favorecerá el emprendimiento y crecimiento económico de todas las empresas del país y por ende el empleo nacional.

Este código en su artículo 47 establece la obligación de aquellas empresas que han tenido utilidades en sus giros, de gratificar anualmente a sus trabajadores en una proporción no inferior al 35% de dichas utilidades. Esta obligación resulta coherente cuando hablamos de grandes empresas, donde esta clase de beneficios no merma ni compromete el destino de la empresa, pero tratándose de las EMT la obligación es leonina. Cuando la EMT está en la encrucijada de asumir mayores riesgos y crecer, porque las condiciones del mercado están aptas para ello, el impulso emprendedor, esto es, la capacidad de crecer o de explorar nuevas aristas para el negocio, se ve paralizado por el cumplimiento de estas onerosas obligaciones laborales.

Una situación parecida la constituyen las indemnizaciones por años de servicio, establecidas en el artículo 163 y siguientes. Para una EMT el pago de estas indemnizaciones puede significar la diferencia entre seguir adelante con el giro de la empresa o no. El avance en este sentido del seguro de cesantía ha sido sobre todo beneficioso para esta clase de empresas, porque en muchos casos

se ha desincentivado la presentación dolosa de demandas con el sólo objeto de obtener estas indemnizaciones. Sin perjuicio de lo anterior es tremendamente criticable no asumir con altura jurídica este debate. Hoy en día, la permanencia de los trabajadores en los puestos de trabajo no excede los dos años. Estas cifras fueron presentadas por el comité de usuarios del seguro de cesantía ante la Comisión para el Trabajo y la Equidad Social, de manera que ha quedado en evidencia que se trata de una norma anquilosada y que ya no responde a las dinámicas económicas y laborales que presenta nuestra economía. En ese sentido, la reciente presentación del proyecto de ley que refuerza el seguro de cesantía crea una especie de legislación superpuesta que no soluciona el problema de fondo (que es el régimen de indemnizaciones por años de servicio) y que pretende sobre los hechos consumados (desuso de la norma, probablemente) hacer su mayor aporte. Sin lugar a dudas es una enorme ambigüedad que el ejecutivo, por un lado promueva mejores condiciones para las EMT, y que por otro lado, estanque un tema que es principal para este sector como son las obligaciones laborales y previsionales originadas por esta causa.

Un tema de la mayor importancia y de absoluta sensibilidad es el relativo a las normas de higiene y seguridad en el trabajo. Ellas constituyen una condición sine quanon para la ejecución de cualquier actividad sin importar el tamaño de la empresa. Por esa razón es reprochable que el legislador laboral no haya dispuesto mecanismos especiales de cumplimiento, progresivos y acordes para las EMT, pues es precisamente en este grupo donde hay mayor accidentabilidad laboral. En el mismo sentido que la crítica anterior, existe una tremenda ambigüedad sobre todos estos temas. Así, en el D. S. N° 594⁷⁷ que establece el Reglamento sobre Higiene y Seguridad en los Lugares de Trabajo, se establecen normas que son muy difíciles de cumplir para una empresa nueva, que es pequeña, inexperta en el conocimiento de esta normativa, donde. En ese mismo reglamento es posible encontrar la tantas veces comentada obligación de tener baños separados para hombres y mujeres, pero si lo

⁷⁷ Chile. Que Aprueba el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales básicas en los Lugares de Trabajo, del 15 de Septiembre de 1999. Ministerio de Salud.

fiscalizado es una micro empresa familiar, que funciona en la casa habitación familiar (donde la propia ley establece el límite de 5 personas ajenas a la familia), ¿cómo se explica que la autoridad sancione el incumplimiento de esta norma?

13.4 Decreto Ley 3500 que establece el Sistema de Pensiones.⁷⁸

Recientemente modificado por la Ley N° 20.255 del 17 de marzo del 2008, ha hecho un reconocimiento coherente y justo a la actividad del empresario, o trabajador por cuenta propia al reconocer la posibilidad de cotizar como un trabajador más para el seguro en contra de los accidentes del trabajo establecidos en la ley 16.744. Los dueños de EMT desempeñan sus funciones como un trabajador más en la empresa que dirigen, de manera que un reconocimiento de esta naturaleza contribuye, con justicia, a entregarle más certezas, desde el Estado, por aquella acción emprendedora que en definitiva beneficia a todo el país.⁷⁹

13.5 Código Sanitario.⁸⁰ La legislación sanitaria es gravitante para la puesta en marcha y funcionamiento de cualquier empresa. En este código se establecen los diversos requisitos que deben cumplir todas las empresas para iniciar sus actividades, sin los cuales cualquier intento por iniciar actividades se encontrará denegado. El cumplimiento de estos requisitos es posterior a la obtención de RUT en el Servicio de Impuesto Internos y previo a los permisos municipales de funcionamiento; pendiente el cumplimiento de los requisitos sanitarios es imposible obtener la patente municipal. La realidad sin embargo ha dado espacio para regímenes transitorios. Es tan complejo en algunos casos obtener

⁷⁸ Chile. Del 13 de Noviembre de 1980. Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

⁷⁹ La Ley N° 20.255, que establece la Reforma Previsional, incorpora en sus artículos 88° y 89° a los trabajadores independientes como cotizantes voluntarios hasta el año 2011, luego de eso, todos los independientes deberán cotizar por el 40% de su renta imponible, a no ser que en forma expresa manifieste lo contrario. Al año siguiente (2012) deberá cotizar por el 70% de su renta y en el año 2014, sobre el 100%. A partir del año 2015 será obligatorio para todo trabajador independiente sin excepción. Uno de los principales efectos de la situación descrita es que al ser cotizante del sistema previsional surge la posibilidad de acceder al seguro de la Ley 16.744, sin necesidad de crear sistemas previsionales paralelos.

Sin perjuicio de lo anterior, téngase presente que la posibilidad de acceder al seguro contra accidentes del trabajo se encuentra hoy en día absolutamente vigente para los trabajadores independientes.

⁸⁰ Chile. Del 31 de Enero de 1968. Ministerio de Salud.

estos permisos sanitarios, que mientras ellos se tramitan, algunos municipios, interesados básicamente en no desaprovechar fuentes de ingreso municipal, han creado la figura de la “patente municipal provisoria” y es provisoria mientras se tramitan las autorizaciones sanitarias. Sin embargo ella es totalmente ilegal. Afortunadamente para las EMT esta situación ha avanzado positivamente, la autoridad sanitaria metropolitana⁸¹, de manera muy prudente y responsable reconoció que existen muchas actividades económicas que no reportan riesgos sanitarios y que no había justificación sanitaria ni jurídica para someter a aquellos emprendedores a trámites de ese tipo, que por la vía de reglamento crearon un procedimiento denominado “Trámite Cero” que a través de una declaración jurada (de ausencia de riesgo sanitario de la actividad declarada) y el pago de los aranceles respectivos entrega la autorización sanitaria a quien la solicite y cumpla con aquellos requisitos. Esto representa sin duda un ejemplo notable en materia de simplificación de trámites para iniciar una actividad económica.⁸²

13.6 Código Tributario.⁸³ Es usual escuchar que las EMT necesitan rebajas impositivas para fomentar su desarrollo. Sin embargo, este trabajo no busca promover defensas para esta clase de empresas per se. De hecho, es tal vez en materia tributaria donde mejor se ha recogido el espíritu de cambio que se quiere justificar en esta tesis. Desde hace varios años, la normativa tributaria ha ido incorporando prácticas regulatorias de países desarrollados. De la misma forma lo ha reconocido la OECD quienes han dicho que “el sistema tributario chileno es moderno y su administración es eficiente”;⁸⁴ al hacer presente además que de las mejores prácticas en materia tributaria, Chile ha incorporado casi todas las sugeridas, entre ellas, contabilidad y tributación simplificada para

⁸¹ Esta medida ha sido implementada como plan piloto en la VIII región, sólo en la capital regional. Claramente el esfuerzo debería ser nacional.

⁸² Esta simplificación de trámites requiere del cumplimiento de requisitos previos, entre ellos: empresas de no más de 10 trabajadores, capital inicial no superior a 200 UF, a ubicación de la actividad debe estar permitida por el plano regulador de la comuna respectiva, lo que se conoce como zonificación. Si no lo sabe, infórmese en el Departamento de Obras de la municipalidad en que pretende funcionar antes de acceder al Trámite Cero.

⁸³ Chile. DL. N° 830 del 31 de Diciembre de 1974. Ministerio de Hacienda.

⁸⁴ Organization for Economic Co- operation and Developmet., 2007, Estudios Económicos de la OECD Chile, Santiago, Chile, página 8.

pequeños contribuyentes, normas de depreciación acelerada, incentivos tributarios para inversión en activo fijo para EMT, etc.

Unido a lo anterior, se reconoce por parte de esta organización la voluntad decidida de desplegar acciones que simplifiquen los trámites para las EMT, se menciona como ejemplo la utilización de medios y documentos electrónicos en el proceso de declaración y pago de impuestos,⁸⁵ en crear incentivos tributarios para las actividades innovadoras, entre otros.

En ese sentido, la regulación existente ha demostrado ser eficiente en el afán de evitar la informalidad e incumplimiento en esta materia, la legislación se ha enfocado en lograr una aplicación amigable de la norma tributaria. Eso es lo que se ha destacado precisamente de Chile, su disciplina en materia tributaria. Sin perjuicio de lo anterior, la recomendación de la OECD, es no detener el esfuerzo desplegado en estas materias y “seguir trabajando en un sistema impositivo amigable con las empresa más pequeñas”.⁸⁶

14.- Avances y Panorama Normativo de la EMT en los Últimos Años. No es efectivo señalar que no se ha legislado a favor de las EMT. En efecto, la última década ha sido significativamente prolífica en normativas que se han dictado teniendo en consideración a dichas empresas. A continuación, los ejemplos más relevantes.

14.1 Ley de Micro Empresa Familiar. ⁸⁷Esta ley establece normas para facilitar la creación de microempresas familiares, entendiéndose por tal aquellas que ejerzan la actividad económica que constituya su giro en la casa habitación familiar, que en ella no laboren más de 5 trabajadores extraños a la familia y que sus activos productivos, sin considerar el valor del inmueble en que funcionan no excedan 1.000 Unidades de Fomento.⁸⁸

Esta ley fija algunas limitaciones en el inciso cuarto del artículo 26 del D. L. 3.063 en cuanto señala que: “La microempresa familiar señalada en el inciso

⁸⁵ OECD, Noviembre de 2007, OECD Economics Surveys Chile, Santiago, Chile, 184 páginas, página 69.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Chile. Ley N° 19.749 del 25 de Agosto de 2001, que establece normas para facilitar la creación de microempresas familiares. Ministerio de Hacienda.

⁸⁸ Esta ley esta compuesta por un artículo único que modifica el D.L. 3.063 de 1979, incorporando nuevos incisos a su artículo 26 e incorporando un artículo 26 bis).

segundo podrá desarrollar cualquier actividad económica lícita, excluidas aquellas peligrosas, contaminantes o molestas”.

La iniciación de actividades para estos efectos es sencilla, basta con inscribirse en la municipalidad respectiva y acompañar una declaración jurada simple en la que se afirme que el solicitante es legítimo ocupante, esto es, el propietario, poseedor o mero tenedor que tenga derecho a ocupar la casa habitación familiar en que se ejerza la actividad económica que da origen a la microempresa familiar⁸⁹; y que su actividad no produce contaminación. Si la vivienda es una unidad de un condominio, al tenor de lo preceptuado por la ley, “deberá contar con la autorización del Comité de Administración respectivo”.

Esta norma, atendiendo al escaso patrimonio que estas microempresas tienen para responder ante eventuales perjuicios ocasionados a terceros, ha establecido un cambio en el sujeto responsable, para ello indica que: “Los trabajos que se ejecuten por las microempresas familiares, por encargo de terceros, se entenderán, para todos los efectos legales, que se realizan por cuenta de quien los encarga”.

Los principales beneficios de esta ley son, que permite la formalización expedita, esto es, cumplir con requisitos formales de constitución legal (declaraciones juradas en el municipio) y de iniciación de actividades tributarias de los microempresarios que trabajan en el lugar de su vivienda y reduce los costos. Una vez formalizado, se facilita el acceso al crédito, a la asistencia técnica, a la capacitación, al capital semilla y a otros instrumentos públicos de fomento productivo.⁹⁰

Sin perjuicio de todos los beneficios antes mencionados es importante destacar que ha sido mediante este mecanismo, jurídico y regulatorio, que Chile ha sido destacado como ejemplo internacional por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en materia de formalidad y emprendimiento. Esta normativa ha permitido que sin detrimento ni desconocimiento de otras normas legales, se

⁸⁹ Chile. Decreto N° 102, De 06 De Febrero De 2002, Que Reglamenta Ley N° 19.749 Que Establece Normas Para Facilitar La Creación De Microempresas Familiares, de fecha 16 de Mayo de 2002. Artículo 5 N° 3. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

⁹⁰ CORCUERA, GABRIEL; Capítulo IV: Estatuto de la Mipe y Marco Legal y Normativo. En: La Situación de la Micro y Pequeña Empresa en Chile, Santiago 2005, Gobierno de Chile, Ministerio de Economía, Página 71.

transite desde el emprendimiento de supervivencia hasta el desarrollo de una actividad productiva y lucrativa.

Esta ley “redimensiona la importancia del entorno regulatorio y su necesidad de adecuarlo para el desarrollo de los distintos tipos de emprendimientos. Ubica así el sistema regulatorio en el centro de la atención. (...) por otra parte, al centrarse en las micro empresas que operan desde la vivienda, esta ley ha apoyado indirectamente el desarrollo de emprendimientos a cargo de mujeres.”⁹¹

Otro beneficio hecho presente por la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2002, dice relación con la importancia de bajar los costos y aumentar los beneficios del cumplimiento de estas mismas regulaciones. En efecto una empresa que esta formalizada, que cumple con las regulaciones que el ordenamiento respectivo impone, tendrá probablemente mayor acceso al crédito, mejor calificación para optar a instrumental de fomento, mejores trabajadores, por lo tanto aumentará en productividad. Estos son sin duda los desafíos, no sólo de la ley de micro empresa familiar, sino de toda la política nacional de fomento.

14.2 Ley General de Cooperativas. La Ley N° 19.832⁹² que fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley General de Cooperativas, definiéndolas como las asociaciones que de conformidad con el principio de ayuda mutua, tienen por objeto mejorar las condiciones de vida de sus socios, además de otras características fundamentales que la misma ley indica.

La nueva ley proporciona mecanismos más expeditos para la concreción de los fines cooperativos. Permite el acceso a licitaciones públicas y privadas y lo que resulta más importante, permite la obtención de personalidad jurídica.

⁹¹DE LA CASA A LA FORMALIDAD. EXPERIENCIAS DE LA LEY DE MICROEMPRESAS FAMILIARES EN CHILE, 2006, Por VALENZUELA, M^a ELENA “et al”, 1^a Edición, página 182. CEM y OIT, Santiago Chile.

⁹² Chile, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, 2002, Ley que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley General de Cooperativas. 14 de Noviembre de 2002.

Un aspecto no menor de esta modificación es que las cooperativas que así se constituyan podrán tener fines de lucro y retirar excedentes correspondientes a operaciones con sus socios.

Se establece que las cooperativas pueden tener por objeto cualquier actividad, salvo aquellas cooperativas señaladas expresamente por la misma ley.⁹³

Además de lo anterior, la nueva regulación establece un conjunto de ventajas tributarias para la cooperativa.

Dentro de las ventajas de las cooperativas podemos mencionar la menor generación de costos de transacción, la disminución en la asimetría de la información de mercados locales, se mejora el poder comprador estableciendo precios “pisos”, se reduce la incertidumbre respecto a precios y disponibilidad de insumos, ofrece transparencia a sus grupos de interés porque las cooperativas son objeto de fiscalización pública, entre otros.⁹⁴

14.3 Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. La ley N° 19.857⁹⁵ del 11 de febrero de 2003, autoriza a que toda persona natural que así lo desee constituya su propia empresa sin necesidad de asociarse con otras personas, naturales o jurídicas, para poder separar su patrimonio y asumir así, con mayor certeza, para el empresario, su familia y acreedores un determinado negocio.

El artículo 2° de esta ley dispone que la empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas.

En cuanto a su constitución, esta empresa individual exige requisitos muy parecidos a los exigidos por la Ley N° 3.918 de sociedades de responsabilidad

⁹³ Por ejemplo, de trabajo, agrícolas o campesinas, de servicio, escolares, abastecimiento, vivienda, ahorro y crédito, de consumo, etc.

⁹⁴ DEPARTAMENTO DE COOPERATIVAS, 2007, Situación del Cooperativismo en Chile y el Rol del Decoop en el Fortalecimiento del Sector Cooperativo, Santiago, Chile, Subsecretaría de Economía, 30 páginas.

⁹⁵ Chile, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, 2003, Ley que Autoriza el Establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. 11 de Febrero de 2003.

limitada, se indica además que la omisión de cualquiera de los requisitos exigidos por la ley, acarreará la nulidad absoluta del acto constitutivo, lo que, acontecido, significará para el titular responder personal e ilimitadamente por las obligaciones que contraiga en el giro de la empresa. Lo anterior, sin perjuicio del saneamiento.

Finalmente el artículo 10º aclara que los actos y contratos que el titular de la empresa individual celebre con su patrimonio no comprometido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa, por la otra, sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público. Estos actos y contratos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento.

Entre las ventajas de este modelo societario y tal como lo indica su concepto, podemos mencionar que no es necesario formar sociedades con socios nominales, se logra legalmente la separación del patrimonio de la persona naturales de su nueva persona jurídica, con ciertos niveles de ventas estas EIRL obtienen un tratamiento tributario más favorable (primera categoría) que si el contribuyente fuese una persona natural (segunda categoría), entre otras.

14.4 Ley de Procedimientos Administrativos. La ley N° 19.880⁹⁶ de 29 de Mayo de 2003 fue conocida inicialmente como la ley del “silencio administrativo” y entre sus principales características es posible mencionar que introduce por primera vez en la administración nacional un “modo común de desarrollar las actividades dentro de los órganos de la administración del Estado. Esto significa que se cuenta con un cuerpo normativo que regula las bases del procedimiento administrativo, otorgando certeza a administradores y administrados, sobre cuando y cómo comienza; se desarrolla y concluye un trámite o solicitud presentada ante organismos públicos”.⁹⁷ Esta ley define los conceptos de uso uniforme, establece los roles de los diferentes actores

⁹⁶ Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2003, Ley Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, 29 de Mayo de 2003.

⁹⁷ Manual Sobre Procedimiento Administrativo. Gobierno de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2003. página 5

públicos y fija los modos a través de los cuales los órganos de la administración toman decisiones, respecto de beneficios o trámites solicitados por los interesados.

Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades. Esta disposición es clave por cuanto le fija las “reglas del juego” a la administración respecto de las solicitudes formuladas a la autoridad por lo administrados. El sujeto sometido a esta reglas es amplio, pero las obligaciones de los mismos son precisas y claras para la toda la ciudadanía.

Esta ley se erige sobre una serie de principios tales como el de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.

Otros aspectos destacables de esta ley están dados por el reconocimiento de los derechos de las personas frente a la administración entre ellos, conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, a identificar a las autoridades y al personal al servicio de la administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; a eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración; a acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley; a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; a formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución; etc.

Sin duda que esta ley ha significado (o debido significar) un revelador avance en materias regulatorias puesto que en su espíritu ha estado presente la idea de simplificar los trámites frente a la administración.

Esta ley es importante para nuestro trabajo por cuanto resguarda a las EMT “al reconocer sus derechos frente a la administración pública, mediante procedimientos que garantizan el ejercicio de sus derechos y (...) a la vez agilizan y simplifican los trámites que deben cumplir ante los organismos del Estado”.⁹⁸ En efecto pues sea que se trate de un empresario persona natural o de uno constituido como persona jurídica los derechos que le asisten como administrado son exactamente los mismos, esto es, derecho a un procedimiento sencillo y eficaz, a responder cualquiera sea la solicitud o requerimiento, a reclamar si el acto administrativo causa perjuicios o agravios al solicitante y por último, a exigir una tramitación pública y transparente de los solicitado.

14.5 Ley Sobre Contratos Administrativos y Compras del Sector Público.

La Ley N° 19.886 del 23 de Agosto de 2003, modificada por la Ley N° 20.238, sobre Contratos Administrativos y Suministros y Prestación de Servicios, consagra los procedimientos destinados a ajustar las practicas de la administración, entendiéndose por tal los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley N° 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley.

Esta ley tenía como finalidad velar por la transparencia y eficiencia de las compras, favorecer la libre competencia y establecer normas de reclamación, transparentes y justas para todos los oferentes.

Esta ley consideró la necesidad de dictar un reglamento que le diera la operatividad necesaria. Ha sido precisamente este reglamento el que “ha facilitado la participación de EMT, asegurando la igualdad de oportunidades para los proponentes y la transparencia de las licitaciones. Las estadísticas

⁹⁸ CORCUERA, GABRIEL; Capítulo IV: Estatuto de la Mipe y Marco Legal y Normativo. En: La Situación de la Micro y Pequeña Empresa en Chile, Santiago 2005, Gobierno de Chile, Ministerio de Economía, Página 72.

indican que tanto el número de participantes como las licitaciones asignadas a micro y pequeños empresarios han aumentado progresivamente”.⁹⁹

14.6 Ley N° 19.911 que modifica el D.L. 211 que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.¹⁰⁰ Este Decreto Ley describe entre otras materias las conductas que atentan contra la libre competencia. Su texto fue modificado hace algunos años por la ley N° 19.911¹⁰¹, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, regulando su organización y funcionamiento, sus atribuciones y procedimientos, entre otros contenidos. Esta ley tiene por objeto defender y promover el ejercicio de la libre competencia en los mercados, sindicando al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica como los responsables, dentro del ámbito de sus atribuciones, de la aplicación de dicha ley en la protección de la libre competencia.

Esta ley indica que se considerarán como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia 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; 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; las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, entre otros, como la misma norma indica. Claramente todas las hipótesis contempladas por esta ley pueden, en mayor o menor medida alcanzar a las EMT, de manera que su reconocimiento legal es un enorme avance en materia de regulación de mercados, además de ello, el

⁹⁹ *Ibidem*. Página 73.

¹⁰⁰ Chile. Del 22 de Diciembre de 1973. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

¹⁰¹ Chile, 2003, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, 2003, Ley que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 14 de Noviembre de 2003.

establecimiento de tribunales especiales entregan mayores certezas en la persecución de estos ilícitos competitivos.¹⁰²

Algunos autores perciben la tentación que significa esta especial regulación en legisladores y jueces para “mejorar o subsidiar ciertas categorías de competidores”. Así Domingo Valdés hace presente que la “idea de que la finalidad de la legislación antimonopólica debería ser la de limitar la libertad de los grandes competidores y “hacer contrapeso” a los abusos de estos por la vía de asegurar la pervivencia de los pequeños empresarios” ha estado siempre latente.¹⁰³ Sin embargo la opinión de Valdés es que “ello no corresponde a una visión objetiva de la justicia ni de las garantías constitucionales (...) de allí que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no puede hacerse eco de esos sentimientos o simpatías, debiendo por contraste aplicar rigurosamente la Constitución”.¹⁰⁴

Este autor concluye que la protección de la EMT a pesar de ser espuria en relación con la libre competencia, ha tenido cabida en la jurisprudencia de otras legislaciones como en EEUU, en la Unión Europea y también en Chile.

14.7 Ley N° 19.951 Que Modifica la Ley N° 18.010, Sobre Operaciones de Crédito de Dinero Estableciendo Normas Sobre Aplicación de Intereses Cuando Opera una Cláusula de Aceleración y Establece Normas de Protección de los Deudores en los Procesos de Repactación (Cláusula de Aceleración).¹⁰⁵ La ley N° 18.010 establece en el inciso primero de su artículo 1° que “Son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención”.

¹⁰² Ha concluido la tramitación legislativa del proyecto de ley que Modifica el D.F.L. N° 1, de Economía, de 2004, referido al Tribunal de Defensa de Libre Competencia, actualmente se encuentra siendo sometido a control preventivo por el Tribunal Constitucional, que se hace cargo de denuncias formuladas por EMT. Boletín N° 4234-03

¹⁰³ Schumacher, E.F. Small is Beautiful, citado por Domingo Valdés en Libre Competencia y Monopolio, año 2006. Página 144.

¹⁰⁴ Ibidem. Op. Cit. Página 144.

¹⁰⁵ Chile, 2003, Ministerio de Hacienda, 2003, Ley Que Modifica La Ley N° 18.010, Sobre Operaciones de Crédito de Dinero Estableciendo Normas Sobre Aplicación de Intereses Cuando Opera una Cláusula de Aceleración y Establece Normas de Protección de los Deudores en los Procesos De Repactación. 26 de Junio de 2004.

Hasta antes de esta modificación y una vez que el deudor se constituía en mora, se impetraba la llamada cláusula de aceleración, o caducidad convencional del plazo y que se “produce cuando las partes en forma expresa acuerdan que el acreedor pueda exigir el cumplimiento inmediato y total de la obligación, si el deudor incumple”¹⁰⁶ haciendo exigible además los reajustes y los intereses no devengados. Con la modificación introducida y no obstante la cláusula de aceleración convenida por las partes, sólo serán exigibles los intereses de aquellas cuotas efectivamente devengadas y no la totalidad de los intereses por aquella parte de la deuda no devengada.

Actualmente las disposiciones pertinentes de la Ley 18.010 señalan en su artículo 1º que, son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención (...), en su artículo 2º que en las operaciones de crédito de dinero no reajustables, “constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital”; en el artículo 6º que “el interés corriente es el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones que realicen en el país(...)”. No puede, en consecuencia, estipularse un interés que exceda en más de un 50% al corriente que rija al momento de la convención, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional.

El artículo 10 letra b) fue modificado en el siguiente sentido “Tratándose de operaciones reajustables, pague el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha de pago efectivo, más la comisión de prepago. Dicha comisión, no podrá exceder el valor de un mes y medio de intereses pactados calculados sobre el capital que se prepaga”. La función “jurídico-económica de la comisión es la de servir de remuneración por lo servicios prestados por el banquero, la contrapartida, por el hecho de tener que

¹⁰⁶ RAMOS P., René. De las Obligaciones. 1ª Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Octubre 2004. página 225

estar preparado el banco para otorgar crédito al cliente, cuando este lo requiera”¹⁰⁷.

Finalmente, esta ley cambia el tenor del artículo 30 de la ley 18.018 al consagrar que “las operaciones de crédito de dinero o aquellas operaciones de dinero a que se refiere el artículo 26 que tengan vencimiento en dos o más cuotas y contengan cláusula de aceleración deberán liquidarse al momento del pago voluntario o forzado o de su reprogramación con o sin efecto novatorio, conforme a las siguientes reglas:

1.- Las obligaciones no reajustables considerarán el capital inicial o el remanente al cual se añadirán los intereses corrientes o convencionales según sea el caso y las costas hasta el instante del pago o de la reprogramación.

2.- Las obligaciones reajustables considerarán el capital al momento de contraer la obligación y éste o su remanente se pagará debidamente actualizado según la reajustabilidad pactada en su equivalente en moneda corriente al instante del pago o reprogramación, más los intereses y costas a que se refiere el número anterior. En caso de prepago, éste se ajustará a lo previsto en el artículo 10.

Los derechos que en este artículo se establecen en favor del deudor, son irrenunciables”.

Sin lugar a dudas las EMT han sido las principales privilegiadas con esta clase modificaciones, que en su objeto han tenido precisamente corregir aquellas materias vigentes en la legislación y que son consideradas obstáculos para su desarrollo.

14.8 Ley que Regula la Transferencia y Otorga Mérito Ejecutivo a la Copia de la Factura. La Ley N° 19.983¹⁰⁸ del 15 de Diciembre del 2004 fue promovida para disminuir los costos financieros asociados a los contratos celebrados por las EMT; adicionalmente se dio un fuerte impulso a la industria del factoring.

¹⁰⁷ YAÑEZ, Wilfredo. Régimen Jurídico de las Operaciones de Crédito de Dinero. 2ª Edición. Sociedad Editora Metropolitana. Santiago. Noviembre 2006. Página 141.

¹⁰⁸ Chile, 2004, Ministerio de Hacienda, Ley Que Regula la Transferencia y Otorga Mérito Ejecutivo a la Copia de la Factura. 15 de Diciembre de 2004.

Antes de la vigencia de esta ley no existía un procedimiento para cobrar las facturas que se encontraban impagas, debiendo desplegar el acreedor EMT las actuaciones judiciales necesarias para las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva con la correspondiente citación a confesar deuda la que en la mayoría de los casos terminaba en forma desfavorable para él. Todo este generaba dilaciones insostenibles desde el punto de vista económico sobre todo para los pequeños empresarios quienes en muchos casos daban por perdida su parte de la prestación al no poder iniciar las gestiones preparatorias por falta de recursos.

El procedimiento de cobro contemplado en esta ley es similar al establecido para el cobro de las letras de cambio firmadas ante notario, en este caso, la firma de la recepción de los bienes o servicios debe constar en la factura.

Entre sus principales aspectos cabe destacar que en todas aquellas materias en que el vendedor o prestador de servicios se encuentre sujeto a la obligación de emitir factura, deberá emitir una copia sin valor tributario, de la factura original para los efectos de su transferencia a terceros o cobro ejecutivo según lo dispuesto en la ley.

Esta característica facilita la iniciación del juicio ejecutivo o de apremio, esto hace disminuir el riesgo de la obligación contenida en ella por cuanto esa factura es exigible en forma expedita, oportuna y menos onerosa para el acreedor, Por otro lado, facilita y mejora las oportunidades de las EMT para buscar financiamiento o liquidez, por la vía de la cesión del crédito que dicha copia de factura contiene.

La ley establece además los momentos en que deberá ser cumplida la obligación contenida en la factura, presunciones de aceptación de la factura, las condiciones que debe reunir la copia de la factura para ser transferible ,en dominio o en cobranza, debiendo para cada caso cumplir requisitos especiales, condiciones para que tenga mérito ejecutivo, etc.

14.9 Ley de Sociedades de Garantía Recíproca. La Ley N° 20.179¹⁰⁹ del 20 de Junio del 2007, que establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca, tuvo por objeto corregir uno de los principales obstáculos del acceso al crédito para las EMT y que estaba constituido por la escasa flexibilidad que posee el sistema de constitución, administración y cancelación o alzamiento de garantías en nuestro país, especialmente aquellas que son exigidas por parte de la banca para efectos de respaldar los créditos que otorgan a las EMT, principalmente prendas sin desplazamiento e hipotecas.

A través de estas sociedades, los empresarios pueden organizarse para administrar un sistema de garantías de general aceptación entre los agentes financieros, circunstancia que les habilita, en teoría, para superar las dificultades antes señaladas. De este modo, los beneficiarios del sistema obtienen mejores y más flexibles cauciones, mejorando así las condiciones de acceso al crédito y a servicios adicionales que son propios de la actividad que desarrollan.

En cuanto a su forma de funcionamiento, estas sociedades, básicamente instrumentales como hasta aquí se puede percibir, operan otorgando garantías a favor de sus asociados o beneficiarios, las que se encuentran respaldadas por un patrimonio colectivo aportado principalmente por quienes solicitan tales garantías. El modelo predominante de operación de este tipo de sociedades establece una identidad entre quienes aportan el capital de garantía, quienes gestionan y otorgan las cauciones, y entre quienes son los beneficiarios de las mismas.

Esta ley establece “un nuevo instrumento de fomento a la asociatividad empresarial, cuya finalidad es la implementación de mecanismos concretos de apoyo a sus actividades en materia de financiamiento y garantía; autoriza el establecimiento de Sociedades de Garantía Reciproca entre empresarios de diversa índole, a través de los cuales éstos puedan administrar de manera más

¹⁰⁹ Chile, 2003, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, 2003, Ley que Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca. 20 de Junio de 2007.

flexible las garantías con que cuentan para caucionar sus obligaciones; establece un nuevo sistema de cauciones, que permite tanto a los empresarios accionistas de las Sociedades de Garantía Recíproca como a los acreedores de las mismas, mecanismos expeditos de constitución y de cobro, y adicionalmente, de división, transferencia y alzamiento o cancelación de las cauciones rendidas o recibidas; y adicionalmente, permite establecer un nuevo instrumento de inversión para aquellas personas naturales y jurídicas que cuenten con excedentes de recursos financieros, o que deseen colaborar con estas iniciativas.¹¹⁰

Sin embargo, a más de un año desde la aprobación de esta ley sólo hay constituida una sola de estas sociedades, en espera de las aprobaciones de riesgo que necesita para operar en los términos previstos por la ley.¹¹¹

14.10 Ley que Establece la Reforma Previsional. La Ley N° 20.255 del 22 de Marzo de 2008, que establece la Reforma Previsional, ha traído también muy buenas noticias para las EMT. Mientras el proyecto de ley se discutía en el parlamento, el informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, sugirió eliminar la actual distinción entre trabajadores dependientes e independientes, incorporando a estos últimos con los mismos derechos y obligaciones que los primeros. Propone que los trabajadores independientes accedan en plenitud a los beneficios de asignación familiar y a la ley de accidentes del trabajo (...)”¹¹². Para concretar esta tarea se hacía necesario modificar la ley N° 16.744 que

¹¹⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2007, Historia del Proyecto de Ley que Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca, Valparaíso, Chile, 440 páginas.

¹¹¹ GARRIDO, FRANCISCA, 2008, “Sociedades de Garantía Recíproca Todavía No Comienzan a Operar”, En : Diario El Mercurio, Suplemento Economía y Negocios, Miércoles 21 de Agosto de 2008. “Para funcionar, las SGR necesitan autorización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF). Hasta el momento, sólo una está constituida (...), y está en pleno trámite con la autoridad. Adicionalmente, para que se apruebe el funcionamiento, las SGR necesitan ser evaluadas por una compañía que puede ser una clasificadora de riesgos o una auditora. No obstante, todavía no hay ninguna que lo haga.

Desde la SBIF afirman que hasta el momento sólo una clasificadora de riesgo ha pedido autorización para ampliar su giro y transformarse en evaluadora de SGR, sin embargo todavía falta que la SVS autorice dicha ampliación”.

¹¹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2008, Historia del Proyecto de Ley de Reforma Previsional, Valparaíso, Chile, 3.363 páginas.

establece el seguro contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de manera que el artículo 89 inciso final lo hizo, indicando que se incorporarán en el Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales a los “socios de sociedades de personas, socios de sociedades en comandita por acciones, empresarios individuales y directores de sociedades en general, que se desempeñen como trabajadores independientes en la respectiva sociedad o empresa, deberán afiliarse al mismo organismo administrador del seguro a que se encuentre afiliada o se afilie la respectiva empresa o sociedad. Para los efectos de la determinación de la tasa de cotización adicional diferenciada, se considerarán como trabajadores de esta última”.

Esta incorporación tiene varias virtudes. La legislación tributaria reconoce el sueldo patronal (inciso tercero, N° 6, del artículo 31 de la Ley de la Renta), que es aquel sobre el cual tributa el dueño de la empresa que además trabaja para ella, de manera entonces, que valiéndose de la existencia de esa regulación ya existente, el legislador pudo construir una normativa coherente y sostenible. Por otro lado se hizo cargo de una situación real y no reconocida por ninguna norma hasta este momento y es que el contribuyente de la EMT es también un trabajador de ella, y por lo tanto es susceptible a los mismos riesgos, accidentes y enfermedades que el resto de sus dependientes, por lo que se asume como de toda justicia su incorporación en esta reforma previsional.

14.11 Ley N° 20.289 que Incrementa Transitoriamente el Incentivo Tributario por Inversión en Activo Fijo. El actual sistema tributario contempla un incentivo que promueve la inversión en activo fijo, contenido en el artículo 33 bis de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Esta norma ofrece un crédito contra el impuesto de primera categoría, por un monto equivalente a 4% del valor de la inversión realizada en activo fijo, con un tope anual de 500 UTM.

Este instrumento reduce directamente el costo de invertir en el mismo monto del crédito tributario. Así, por cada \$100 de inversión, el Fisco financia \$4, dejando de recibir los impuestos correspondientes. Con ello, el empresario, solamente soporta \$96 como costo de invertir.

El año 2006 se elevó transitoriamente este crédito, con vigencia entre 2007 y 2009, para todas las empresas del país. Entonces, con acuerdo unánime del Congreso, se incrementó la tasa de 4% a 6% y el tope de 500 a 650 UTM.

El año 2008 y como iniciativa paralela a la ley 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, se presentó un nuevo proyecto de ley que aumentó de 6% a 8% el monto del crédito tributario por activo fijo, pero esta vez solamente para las inversiones de las empresas de menor tamaño.

De este modo, entre el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, las inversiones en activo fijo de las empresas con ventas inferiores a 100 mil UF al año, contarán con este crédito tributario de 8%, duplicando la tasa de crédito prevista en la ley.

Esta ley tiene tres particularidades. La primera es que se tramitó en tiempo record, básicamente porque la idea era aprovechar una coyuntura económica que presentaba un dólar a precios históricamente bajos (U\$ 460 en algún momento). En segundo lugar, al tratarse de un incentivo transitorio, hubo espacio en la discusión parlamentaria para debatir acerca de las ventajas y desventajas de esta clase de beneficios. En tal debate se concluyó que es muy adecuado usar estas fórmulas temporales pues por un lado permiten evaluar en un plazo determinado la pertinencia y utilidad de éstos mecanismos y por otro, no se compele al Estado a desembolsar recursos sin la posibilidad de evaluar su utilización. La tercera particularidad es que se trata de un beneficio transitorio superpuesto a otro incremento transitorio, el de 6%, que esta y estará vigente, para el resto de las empresas. Una vez que se extinga el plazo de vigencia de ambos regímenes transitorios se volverá a la norma general del artículo 33 bis, del 4% con tope de 500 Unidades de Fomento.

Conclusión. Nuestra Constitución ampara que se legisle en vista de lograr una mayor equidad en el goce y ejercicio de los derechos y obligaciones, y lo hace también respecto de las EMT. La doctrina analizada coincide con estas ideas, así como con los ejemplos que han sido desarrollados para ilustrar el avance, parcializado en este, de

regulaciones que en definitiva se han traducido en beneficios asociados a la condición de EMT.

Otro aspecto que debe ser mencionado es la transversalidad de los cambios en los que se han ido incorporando estas diferencias a favor de una mirada en razón del tamaño: desde la ley de procedimientos administrativos, pasando por la reciente Reforma Previsional hasta la creación de modernas figuras como las sociedades de garantías recíprocas.

CAPITULO TERCERO
LAS MEJORAS REGULATORIAS CONTEMPLADAS EN LA LEY NÚMERO 20.416
QUE FIJA NORMAS ESPECIALES PARA LAS EMPRESAS DE MENOR TAMAÑO

Resumen: Este capítulo desarrolla el concepto de mejora regulatoria, el sentido y alcance que daremos para efectos de este trabajo al concepto de regulación, explicaremos por qué es necesario generar regulaciones especiales para las empresas de menor tamaño, los mecanismos propuestos para la nueva regulación, esto es, creación de nuevas normas, distinciones en aquellos casos en los que la regulación es genérica y gestar incentivos legales para lograr determinados objetivos. En la mayor parte de este capítulo se desplegará un análisis de la casi totalidad de los aspectos que involucra la ley que fija normas especiales para las EMT. Finalmente plasmamos una propuesta de interpretación en caso de conflictos en la futura aplicación de esta iniciativa.

Sección I

Regulación y Mejora Regulatoria.

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

Como primera idea digamos que su concepto es multivoco, “en un sentido muy amplio y general (...) los teóricos anglosajones utilizan el término “regulation” como sinónimo

de cualquier política administrativa pública de una autoridad con respecto a una regla prescripta en el interés público”¹¹³.

En un sentido estrictamente económico, es posible efectuar una clasificación del concepto de regulación en, social, de procesos y económica¹¹⁴. Es esta última clasificación la que nos interesa y que define la regulación como “aquellas reglas jurídicas de contenido económico, según las cuales funciona un determinado mercado”.¹¹⁵

Por regulación debemos entender según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua¹¹⁶ “ajustado y conforme a sus reglas”. De lo anterior, se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse (...)”¹¹⁷.

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

Algunos autores señalan que “la definición clara de las reglas en las cuales debe enmarcarse el comportamiento de los agentes económicos es un factor que consensualmente se considera importante para lograr la eficiencia del sistema. Uno de los aspectos centrales que definen tal claridad es la predictibilidad y, por ende,

¹¹³ Aguilar Valdez, Oscar, citado por ORLANSKI, LEONARDO, 2006, Competencia y Regulación, Editorial Ad-Doc, P, 1ª Edición, Buenos Aires. Nota al pie, página 39

¹¹⁴ Clasificación acuñada por Guash, Luis y Hahn, Robert, en “The cost and benefits of regulations. Implications for Developing Countries”, Citado por ORLANSKI, LEONARDO. Op. Cit. Página 39

¹¹⁵ ORLANSKI, LEONARDO. Op. Cit.

¹¹⁶ 22ª Edición on line.

¹¹⁷ Considerando 9º de la sentencia del tribunal Constitucional, de 21 de Abril de 1992 (Rol N° 146)

racionalidad en el esquema de la regulación”.¹¹⁸ Esta última idea es uno de los elementos clave que se han tenido a la vista para promover una mejora regulatoria, por ejemplo, que las sanciones o su procedimiento de aplicación se impongan en un marco de racionalidad suficiente para evaluar las consecuencias probables de su incumplimiento.

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

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

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

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

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

¹¹⁸ PAREDES, Ricardo. 1996. Privatización y regulación: Lecciones de la Experiencia Chilena. En: Después de la Privatizaciones Hacia el Estado Regulador. 2ª Edición. Santiago CIEPLAN. 20 páginas. Página 218.

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

16.1.2 El Reglamento. Como resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria, entregada por la Constitución Política al Presidente de la República, sobre todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal.

Los tribunales superiores de justicia se han inclinado por esta interpretación extensiva, así, han manifestado que: “El concepto de Orden Público Económico, como conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla, deben ser entendidas en un sentido amplio, de tal manera que la expresión “normas legales” debe comprender las normas emitidas por la autoridad potestativa del órgano administrativo del Estado”.¹¹⁹

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

17.- Necesidad de Regulación Especial para las EMT. En el primer capítulo de este trabajo se ha desarrollado latamente al sujeto de la investigación. En aquellas consideraciones preliminares ha sido posible conocer en detalle la realidad y aspectos más esenciales de las EMT en Chile. Teniendo presente ese panorama el poder ejecutivo, a través del Ministerio de Economía, envió al Congreso Nacional un proyecto de ley denominado “*Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño* (Boletín N° 5724-26)¹²⁰, actualmente correspondiente a la Ley Número 20.416. Esta ley es el resultado de un extenso estudio de los hitos críticos en las etapas de creación, funcionamiento y cierre de las EMT en Chile. Conocido el estudio y expuesto el diagnóstico, se formularon una serie medidas concretas, todas ellas exclusivamente

¹¹⁹ Sentencia de la corte de Apelaciones, Publicada en LXXXIX, Revista de Derecho y Jurisprudencia (1992) 2ª p., s. 5ª, Página 306, En: FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO. Op. Cit. La sentencia de 3 de marzo de 2009, de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol IC N° 866-2008 se manifiesta en el mismo sentido.

¹²⁰ 15 de Enero de 2008.

destinadas a proponer mecanismos de mejora regulatoria, no sólo circunscritos al ámbito de la ley, sino que también en materia administrativa.

Esta ley, tiene por objeto generar condiciones regulatorias que permitan que las empresas, en el desarrollo de su actividad y bajo el entendido que éstas no sean contrarias a las reglas de orden público, puedan aprovechar al máximo sus ventajas comparativas en igualdad de condiciones. En el ámbito regulatorio, esto implicó modificar leyes existentes o la dictación de nuevas leyes. En definitiva, se generó una normativa que es consistente con un análisis costo-efectividad, en donde el beneficio de la regulación supere los costos de cumplimiento, traduciéndose todo ello en un efectivo cumplimiento de la normativa.¹²¹

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

18.- Mecanismos Propuestos para la Regulación. El compromiso asumido por la autoridad económica pretende resolver una serie de problemáticas que reúnen varias características que la hacen novedosa e interesante, entre esos aspectos puedo destacar:

- Como la actividad económica empresarial que se pretende diferenciar atraviesa una serie a ámbitos del derecho; no es una sola regulación la llamada a cambiar su fisonomía para adecuarse a la realidad de las EMT.
- Se define en la ley qué se entiende por EMT.

¹²¹ Objetivo general de proyecto de ley recogido en el mensaje del ejecutivo IV.1.- Página 15

- Se crea una institucionalidad¹²² que crea la Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño, que se dedicará a velar para que cada nueva regulación que se dicte no ponga en peligro esta diferenciación que pretende lograr esta ley. Así por ejemplo se propone que cada nueva regulación que emane de los órganos de la administración distinga entre los distintos tipos de empresas de menor tamaño, además de ir siempre acompañado de un informe técnico que aclare los costos y beneficios que esa nueva regulación le significa a una empresa de menor tamaño.
- Unido a lo anterior, la ley busca incentivar la incorporación de criterios de transparencia¹²³, a través del establecimiento de procedimientos especiales para la dictación de reglamentos y normas de carácter general, así por ejemplo, los actos administrativos que creen o modifiquen reglamentos o normas de carácter general que impongan costos de cumplimiento a las empresas de menor tamaño, deberán contar, como antecedente para la decisión del Órgano que lo dicte, con antecedentes preparatorios necesarios que estimen convenientes para su formulación a disposición permanente de la ciudadanía. De esta forma y, previo a su dictación, estos actos serán sometidos a un período de información pública, el que se llevará a cabo mediante la publicación del proyecto de norma o reglamento, así como de los informes y antecedentes en que éste se funde, en el sitio Web que para estos efectos dispone la ley de acceso a la información pública, durante un plazo no menor a 15 días.
- La ley también contempla normas de transparencia relativas a los criterios de fiscalización. Para los efectos de esta tesis entenderemos la fiscalización como el procedimiento administrativo en virtud del cual un funcionario público, de oficio o a petición de parte, controla la aplicación de las disposiciones legales vigentes; y en materia laboral, adicionalmente las convencionales.¹²⁴ En nuestro

¹²² Las indicaciones presentadas al proyecto por el ejecutivo perfilaron el rol del Ministerio y de la Subsecretaría hacia la función coordinadora y gestora de políticas en materia de emprendimiento, en detrimento de esta otra función.

¹²³ Se encuentra actualmente vigente la Ley N° 20.285 del 20 de Agosto de 2008, Sobre Acceso a la Información Pública.

¹²⁴ Concepto elaborado sobre la base de lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 18.575, en la Orden de Servicio Número 4 que Sistematiza y Actualiza Regulación De Procedimientos De Fiscalización Y Sus Efectos Jurídicos de la Dirección del Trabajo. Santiago, 12 de Junio de 2001. Disponible en [http://www.dt.gob.cl/transparencia/Orden_SERVICIO_N_4_de_12-06-2001.doc].

país la fiscalización de las normas laborales esta radicada en las Inspecciones del Trabajo. Estos organismos fiscalizadores han avanzado notablemente en la eficacia del cumplimiento de sus funciones, pero sin embargo el avance es menor en los componentes educacionales de la tarea fiscalizadora. “Ciertamente que las sanciones que se aplican obedecen a infracciones detectadas, pero ellas deben orientarse a estimular el cumplimiento conciente de las normas, y no sólo al temor de ser objeto de una nueva sanción. Normalmente, las multas o sanciones que las leyes establecen para una infracción tienen un monto mínimo y uno máximo, dentro de cuyos valores el fiscalizador selecciona, a su arbitrio, el monto de la multa o sanción a aplicar.”¹²⁵ Los órganos fiscalizadores no generan mecanismos de publicidad de sus criterios al momento de fiscalizar. Esta falta de definición pública de los criterios, sumada a la ignorancia en el conocimiento de la ley de los fiscalizados convierte al sistema de fiscalización en un ámbito de permanente conflicto. Es en este aspecto de la fiscalización donde se propone la práctica de transparentar los criterios utilizados por los fiscalizadores junto con la consideración del tamaño, esto es, al momento de determinar si el sujeto fiscalizado amerita la aplicación de una multa y el monto mismo de ella. Ello no solo contribuye a difundir las normas a cumplir, sino que además reduce la potencial discrecionalidad en la práctica de la fiscalización (se conoce la norma y se conocen los márgenes sancionatorios hasta donde puede llegar).

- Crea normas especiales para fomentar y facilitar el cumplimiento sanitario, así por ejemplo:
 - Autodenuncia, que incentiva a las empresas a acercarse a la autoridad sanitaria para solicitar asistencia en el cumplimiento de alguna norma.
 - Régimen de Permiso Inmediato, se tomó como modelo un procedimiento administrativo bajo el cual la autoridad sanitaria tenía la facultad de otorgar autorizaciones en plazos breves, aplicables a actividades, que por su bajo riesgo sanitario, no requerían visita inspectiva por parte de la autoridad. Este procedimiento, denominado Trámite Cero, que tiene una naturaleza jurídica administrativa, no tenía asegurada su continuidad, y su

¹²⁵ Mensaje del Proyecto de ley que fija normas especiales a las empresas de menor tamaño, página 10.

implementación dependía en parte de la voluntad del jefe de servicio de turno. De hecho, este procedimiento sólo se aplicaba masivamente en la región Metropolitana.

- Se introdujeron modificaciones al Código del Trabajo, tendientes básicamente a definir a las empresas según el número de trabajadores con que cuenten, a establecer tramos de multa en relación al tamaño de la empresa multada y, por otro lado, normas que tienen por objeto, al igual que en materia sanitaria, fomentar y facilitar el cumplimiento de dicha normativa, por ejemplo, cuando la infracción no importe riesgos para la salud o vida del trabajador se conceda un plazo máximo de 10 días para cumplir.
- Se introduce una nueva regulación que pretende equilibrar las relaciones entre micro y pequeñas empresas cuando actúan como consumidores y sus proveedores de bienes y servicios, modificando además algunas disposiciones de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, para ajustar algunos aspectos de su aplicación a las micro y pequeñas empresas.
- Se propone una nueva ley para crear un mecanismo de apoyo para las empresas en situación de insolvencia, que tiene por objetivo primario la reorganización de la empresa o, en caso que ello no sea posible, la formalización del cierre. Esto se complementa con varias modificaciones al Código de Comercio, Título IV, en lo que respecta a la liquidación sumaria en caso de quiebra de la empresa y a la Ley de Quiebras, N° 18.185.

Además de lo anterior se adicionaron algunas otras maneras de mínima relevancia jurídica en el curso de la tramitación legislativa.

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

19.1 Efectos Nacionales. Se espera crear las condiciones de igualdad de oportunidades para ejercer la libertad de empresa, con especial atención al tamaño y a la competitividad del sujeto que se busca reconocer y regular en forma especial. Además de ello, se busca promover condiciones equitativas en relación a las grandes empresas y posibilitar emprendimientos que se prolonguen en el tiempo, con efectos directos sobre la consolidación de puestos de trabajo, la equidad social y la participación ciudadana. En la medida que las EMT incrementen su productividad y sean más competitivas, todo ello reforzado por una regulación adecuada, aumentarán su capacidad de generar valor agregado y de producir bienes y servicios con una evidente ganancia para toda la sociedad chilena.

19.2 Efectos Internacionales. Existe un segundo elemento influyente en la motivación del gobierno para promover con entusiasmo esta iniciativa. Como indicamos en la introducción de este punto, nuestro país es según la Heritage Foundation¹²⁶ uno de los países con la economía más abierta del mundo¹²⁷. En esa línea se ha concentrado el esfuerzo gubernamental para incorporarse con coherencia y armonía a este concierto. Un factor determinante entonces, en este punto, ha sido la invitación que en mayo de 2007 ha recibido nuestro país para formar parte del selecto grupo que conforman las economías que en su conjunto representan el 80% del producto interno bruto mundial, denominadas genéricamente, “Economías OECD”.¹²⁸

Si se tiene presente que para los países de la OECD, como así lo han declarado, las pequeñas y medianas empresas son la fuente más importante de captación de mano de obra y una herramienta fundamental de movilidad social y mejor distribución del ingreso, es lógico que Chile empiece a trabajar en esos

¹²⁶ Se trata de uno de los principales *Think Thanks* o centros de estudios de los Estados Unidos.

¹²⁷ Chile se ubica en el puesto 8 de su ranking. Quedando por debajo de economías o naciones como Hong Kong y Singapur, que ocupan los dos primeros puestos del ranking, además de Irlanda Australia, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá. En: < <http://asiapacifico.bcn.cl/noticias/economia-y-negocios/una-economia-abierta-al-mundo> >, [Consultada: 22 de Agosto de 2008].

¹²⁸ Organization for Economic Cooperation and Development. Sus miembros son: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japon, Corea, Luxemburgo, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República Eslovaca, España, Suiza, Suecia, Turquía, Inglaterra y Estados Unidos.

estándares a objeto de aprobar el “examen final”, es decir, que despliegue políticas con el firme propósito de cumplir los requisitos impuestos por la importante Organización de la que pretende formar parte.

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

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

Sin duda, cuando sea la oportunidad de justificar ante la OECD las razones por las que Chile merece formar parte de dicho grupo, las referencias a esta iniciativa regulatoria no serán pocas. Será un hecho que las alusiones a la incorporación de buenas prácticas regulatorias, en este y otros nuevos proyectos que impulsa el ejecutivo, serán los principales argumentos para justificar nuestra incorporación a dicho grupo.

Sección II

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

20.- Ley Número 20.416 que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño. Este proyecto fue ingresado al Parlamento el 15 de enero de 2008¹²⁹. Se inserta en el marco del Compromiso “Chile Emprende Contigo” que tiene como ejes fundamentales generar condiciones de igualdad de oportunidades para las EMT, mejores condiciones de financiamiento, capacitación, emprendimiento e innovación,

¹²⁹ Boletín N° 5724-26.

permitir el acceso y perfeccionamiento del mercado y facilitar la rehabilitación de empresarios con problemas en su crédito.¹³⁰

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

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

21.- Objeto de la Ley. El artículo primero ¹³¹ indica que:

“La presente ley tiene por objeto facilitar el desenvolvimiento de las Empresas de Menor Tamaño, mediante la adecuación y creación de normas regulatorias que rijan su iniciación, funcionamiento y término, en atención a su tamaño y grado de desarrollo”.

Este propósito concuerda con el panorama presentado en los capítulos anteriores y pone énfasis en que su propósito es la adecuación y creación de normas regulatorias.

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

La autoridad se ha hecho cargo de este tema porque le atribuye valor a las EMT por el impacto en la productividad, en los índices de empleo, en la competitividad, en la

¹³⁰ MINISTERIO DE ECONOMÍA, 2008, Estado de Avance Compromiso Chile Emprende Contigo. Junio de 2008.

¹³¹ Hasta la fecha, el ejecutivo ha presentado tres indicaciones adicionales al proyecto inicial con disposiciones que han cambiado la numeración original.

generación de innovación, en consecuencia porque la EMT impacta de manera transversal el desarrollo económico nacional.

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

22.- Concepto de Empresa de Menor Tamaño Basado en Parámetros de Segmentación. La ley en su artículo segundo establece la siguiente redacción,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El concepto de EMT es un concepto global, genérico, que comprende en su definición a las Micro, Pequeñas y Medianas empresas. No estamos en presencia de una definición propiamente tal, si no más bien frente a una caracterización de qué es lo que debemos

entender cuando se hable empresa de menor tamaño. Luego, el mismo primer inciso reconoce legalmente una clasificación que hasta la fecha ha sido arbitraria y que se define en base a un criterio de ventas.

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

El Centro de Investigación de Políticas Públicas para la Pyme (CIPYME), ha señalado en reiteradas oportunidades que es necesario introducir mejoras al concepto, pues señalan que *“al introducir mayor información al elemento discriminador se están eliminando fuentes de distorsión en la aplicación de políticas públicas y en la asignación de recursos”*, esto en el contexto de la asignación de recursos públicos, básicamente de fomento.¹³²

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

¹³² CIPYME, 2008, Una Nueva Segmentación De Empresas Para Mejorar La Focalización De Los Recursos Públicos De Fomento Productivo, Santiago, Chile, 65 páginas.

- Sin empleo y ventas superiores a MM\$ 500 al año. Se separan del conjunto de EMT estas empresas porque para vender MM\$ 500 o más se necesitaría al menos una persona a cargo, pudiendo tener ó no activos. Si una empresa MM\$500 y no tiene empleo, se supone vinculada a otras empresas.
- Sin empleo y activos superiores a MM\$ 500. Posteriormente se marcan las empresas que no tienen empleo y tienen activos superiores a MM\$ 500 cualquiera sean sus ventas. Por la misma razón anterior cabe preguntarse cómo se administran estos activos sin al menos 1 empleo al año.
- Con las dos restricciones anteriores se marcan aquellas empresas que podrían ser las llamadas nominales o que no son una unidad económica productiva sino una entelequia jurídica.
- Con empleo mayor a 500 empleos anuales. Marcamos todas las empresas que tienen empleos Mas de 500 anuales cualquiera sean sus ventas y activos. Pues este tamaño de empleo esta muy lejos de la media PyME.
- Ventas superiores a MM\$ 1.700. Esta restricción es modificable y dependerá del crecimiento económico del país”.¹³³

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

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

Precisamente la garantía de la ley es que se aplica caso a caso, sin perder su vocación de marco de general aplicación.

¹³³ CIPYME, Op. Cit. Página 19.

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

CIPYME no aclaró la naturaleza jurídica que tendría esta propuesta. Para que ella sea recogida por un órgano de la administración del Estado, como lo es el Servicio de Impuestos Internos, por ejemplo, debe haber una norma general y obligatoria que así lo indique. Luego, si esta fórmula se estableciese por ley se elimina toda la flexibilidad que este centro le atribuye a su propuesta, de manera que no se podrían encontrar más segmentos que los que la misma norma dispone y en relación con las específicas variables recogidas por la ley. Ahora bien, si la propuesta fuera recogida por una norma de inferior jerarquía, la autoridad sería objeto de constantes presiones por parte de grupos de interés, tendientes a obtener la reforma de la norma, adicionando o eliminando variables, las que pueden ser tantas cuantas admitamos que pueden influir en la gestión empresarial.

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

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

Como comentario final me resta señalar que la propuesta de CIPYME no respondió con satisfacción a la pretensión de amplitud que ella declara, por cuanto, para la única materia que podría tener algún grado de aceptación es para la focalización de instrumentos de fomento y dejemos en claro desde ya que no todas las EMT acceden o pretenden acceder a ellos.

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

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

La creación de un polinomio que permita segmentar a las empresas no tiene ningún correlato con las normas que hemos analizado en el curso de esta investigación, ello contribuye a la postura que descarta, para efectos regulatorios, la incorporación de este criterio de segmentación. Por ejemplo, gran empresa en el Código del Trabajo es aquella que cuenta con 200 o más trabajadores, con el polinomio, una empresa de gran tamaño podría ser incluso una con 5 trabajadores.

Entre las opiniones vertidas por los parlamentarios integrantes de la comisión, la postura que concitó mayor acuerdo fue aquella que entregó la fijación de los montos de las ventas al Consejo Consultivo de la Empresa de Menor Tamaño¹³⁴. Este Consejo revisaría cada año las variaciones experimentadas por el sector y determinará si aumenta o no el monto establecido con anterioridad.

¹³⁴ Consejo cuya institucionalidad fue planteada en la segunda indicación del ejecutivo.

De hecho, el cuarto set de indicaciones introdujo un nuevo inciso a este artículo que señala: *“Dentro del rango máximo de 100.000 unidades de fomento establecido en el inciso primero, el Presidente de la República, mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y previa consulta o a requerimiento del Consejo Consultivo de la Empresa de Menor Tamaño, podrá modificar la clasificación de las Empresas de Menor Tamaño o establecer factores o indicadores adicionales para su categorización.”*

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

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

Tal como indicáramos en párrafos anteriores, la invitación que fuera extendida a Chile para integrar la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, obligó al Estado de Chile a hacer suyas ciertas prácticas, probadamente exitosas en dichas economías y que como hemos hecho evidente se están haciendo espacio en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

El artículo quinto de la ley indica:

“Procedimiento para la Dictación de Reglamentos y Normas de Carácter General. Todos los ministerios u organismos que dicten o modifiquen normas jurídicas generales que afecten a empresas de menor tamaño, con excepción de las ordenanzas municipales y de los dictámenes que puedan emitir los órganos de la Administración del Estado, deberán mantener a

disposición permanente del público los antecedentes preparatorios necesarios que estimen pertinentes para su formulación, en sus sitios electrónicos, en los términos previstos en el artículo 7° de la ley N° 20.285. Los antecedentes deben contener una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las empresas de menor tamaño y podrán ser elaborados por la propia Administración. Las normas jurídicas generales indicadas en el inciso anterior serán informadas al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, previamente a su dictación o modificación. Dicho Ministerio deberá publicar en su página web todas las normas vigentes sobre empresas de menor tamaño, sin perjuicio de las obligaciones de publicidad propias de cada órgano de la Administración del Estado. Con todo, el incumplimiento de las obligaciones referidas en los incisos precedentes no afectará en caso alguno la validez del acto.”

Como lo indica el mensaje de la ley, el objetivo de esta regulación es que la creación o modificación de ciertas normas jurídicas generales, se realice a través de un proceso estándar, en el que se evalúe de alguna manera, previamente, el impacto que la nueva regulación generará en las Empresas de Menor Tamaño, a través de los “antecedentes preparatorios”. La norma original establecía la elaboración de un “informe simple con una evaluación del impacto social y económico que la nueva regulación generará” pero dicha frase fue eliminada por la comisión de economía del Senado.

A través de esta norma se reconoce una vez más que las EMT son un asunto de naturaleza transversal a la gestión del Estado lo que refuerza y da coherencia a las nuevas funciones asignadas a este Ministerio de Economía a través de las indicaciones presentadas a este proyecto y que serán analizadas más adelante.

24.- El Informe Regulatorio y sus Ventajas. La norma comentada en el punto anterior tenía un elemento altamente profesionalizante de la gestión pública cuando ordenaba que:

“Durante el proceso de elaboración de la normativa señalada, los Ministerios u organismos deben contar con los antecedentes preparatorios necesarios que estos estimen pertinentes para su formulación. Los antecedentes deben contener una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las Empresas de Menor Tamaño”.

Ese informe regulatorio tenía por objeto que las regulaciones que se dictaran y que tuvieran incidencia en la EMT, se dictaran en coherencia con las orientaciones económicas del gobiernos, en armonía con otros cuerpos legales, y sobre todo en armonía con los fines perseguidos por la regulación (no basta regular por regular).

Este ejercicio normativo, cuando se aplica como es debido, aporta en transparencia al proceso de creación de la regulación, permite juzgar la propuesta ex ante por la contraparte frente a la norma (Ministerio de Economía respecto de todos los demás Ministerios), y además una evaluación ex post por todos los sujetos interesados en su corrección o adecuación.

Esta norma hubiera permitido la generación de discusiones serias, sobre la base de antecedentes concretos, no antojadizos o acomodaticios, como ocurre hoy en día. El resultado del análisis, el costo versus beneficios, de la norma hubiera permitido avanzar, como ya he señalado en normativas oportunas y pertinentes (statement).

Un informe de estas características vela por “evaluar el impacto social y económico de una regulación sobre las EMT”, por ello la interrogante en este punto sería ¿Qué pasa cuando una regulación es muy favorable para trabajadores o para los consumidores?

La norma no especificaba la forma en que los diferentes ministerios o servicios darían curso a esta evaluación. Tampoco los criterios que guiarían esta evaluación. Hoy esta materia, al menos en lo que ha difusión de antecedentes fundantes de la regulación respecta, se encuentra en manos del Consejo para la Transparencia. Parece claro que la evaluación aislada sobre la EMT no será suficiente y ella deberá hacerse en contexto.

En cuanto a su carácter vinculante, estos informes no lo tienen ni en la norma original ni el texto de la ley. De hecho, es la autoridad que lo elabora, la que justifica a través de él la conveniencia de su regulación.

Esta norma, en esas condiciones, es plenamente consistente con el principio de razonabilidad y transparencia que deben primar en el sector público.

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

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

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

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

Esta disposición no sólo contribuye a difundir las normas a cumplir, sino que además reduce la potencial discrecionalidad en la práctica de la fiscalización. Adicionalmente, en

este proyecto se propone que las instituciones facultadas para fiscalizar a las EMT y con atribuciones para aplicar multas, deban poner a disposición del público general un documento detallado informando sobre los criterios usados por los fiscalizadores en el acto mismo de la inspección, la disposición que se infringe y el criterio para determinar el monto de la multa, en su caso.

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

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

26.1 Otorgamiento de Permisos Provisorios de Funcionamiento. La ley faculta a los órganos públicos encargados de otorgar permisos de funcionamiento, para que lo hagan en carácter de provisorio, en aquellos casos en que el menor riesgo de la actividad de que se trate así lo permita.

De esta forma en el artículo 5º del proyecto original, se estipulaba que:

“Los Servicios Públicos, que en el ejercicio de sus funciones deban entregar permisos de funcionamiento para desarrollar actividades empresariales podrán, dentro de sus competencias legales, otorgar permisos provisorios a las empresas que por primera vez lo soliciten y cuyo capital declarado no exceda de cinco mil unidades de fomento.

Estos permisos se otorgarán por una sola vez, tendrán una vigencia no superior a un año, y estarán sujetos al cumplimiento de las condiciones que para cada caso indique la autoridad respectiva”.

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

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

Esta norma no es imperativa, no obliga a los servicios u órganos públicos a entregar la autorización solicitada, de ahí su virtud y su defecto. Virtud por cuanto en aquellas actividades de bajo riesgo la entrega de estas autorizaciones acelera y destraba enormemente el emprendimiento, pero defecto porque su ejercicio puede traducirse en actuaciones arbitrarias. Frente a una misma situación de hecho la autoridad podría actuar con criterios disímiles.

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

La regla contemplada en la ley vigente agregó un nuevo requisito consistente en evaluar el capital efectivamente enterado.

26.2 Patente Municipal Provisoria. El proyecto de ley en su original artículo 10º, establecía una serie de modificaciones a otros cuerpos legales, entre ellos al artículo 26 del Decreto Ley Nº 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales¹³⁵, agregando nuevos incisos:

¹³⁵ Chile. Ministerio del Interior. 1979. Decreto Ley Sobre Rentas Municipales. Santiago Chile.

“Las Municipalidades podrán otorgar patente provisoria a las empresas que lo soliciten por primera vez, cuyo capital inicial declarado no exceda de cinco mil UF, que acrediten el cumplimiento de los requisitos sanitarios mediante permisos provisorios entregados por la autoridad sanitaria, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de emplazamiento.

En los casos del inciso anterior, las Municipalidades podrán, de modo general, eximir del pago de las patentes provisorias u otorgar plazo para el pago de las mismas, de hasta 12 cuotas mensuales reajustables. La exención corresponderá al año que dure a patente provisoria”.

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

La ley busca corregir estas prácticas, facultando legalmente a las municipales para entregar estas patentes, y como paso previo y según se explicó, darles la misma atribución al resto de los órganos o servicios públicos encargados de autorizaciones preliminares.

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

Las patentes o permisos concedidos por las Municipalidades con omisión del requisito establecido en el inciso precedente serán nulas y las Municipalidades

que las hayan otorgado deberán proceder a cancelarlas.” El Código Sanitario es una ley marco, por lo tanto general, que se vería confrontada con una norma especial y posterior la que en consecuencia, debería prevalecer en aquella parte que diga relación con EMT.

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

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

En algún momento de la discusión pre legislativa del proyecto se analizó la contingencia que el atraso en el pago de una cuota de la patente hiciera efectiva la totalidad de ella, una especie de cláusula de aceleración, sin embargo, aquella postura no prosperó.

La posibilidad de eximir el pago es una atribución algo peligrosa, en virtud del uso inadecuado que pudiera darse de aquella potestad, sobre todo en época de elecciones.

27.- Regulación Especial en Materia Sanitaria. El proyecto de ley establecía en el artículo 6º, original, los siguientes dos numerales que contenían las siguientes disposiciones:

27.1 Autodenuncia. El Código Sanitario no contempla una norma de esta naturaleza. Salvo en materia en penal, no es posible encontrar en la legislación alguna norma que genere un resultado positivo a raíz de la propia denuncia del infractor. Como ejemplo en la misma línea podría mencionarse la asistencia al cumplimiento para normas de higiene y seguridad, en caso que la inspección del trabajo curse infracciones por esas mismas materias.¹³⁶

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

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

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

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

Sin embargo, en caso que se trate de una infracción cuyo supuesto de hecho pueda causar riesgo grave, sólo podrá rebajar en un 50% la cuantía de la multa o en un grado, nivel o rango de la sanción establecida en la ley.

¹³⁶ Mecanismo introducido el año 2006 por la Ley N° 20.123, sobre Subcontratación y Servicios Transitorios, del Ministerio del Trabajo.

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

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

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

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

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

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

entonces, generar un reglamento para la aplicación de este procedimiento de autodenuncia.

La norma definitiva, contenida en el artículo octavo de la ley, se parece mucho a la descrita con varias precisiones que a mi parecer la hacen mucho más eficaz.

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

Actualmente el D.F.L. N° 1 de 1990¹³⁷ establece, como regla general a nivel nacional, un procedimiento administrativo en el que la autoridad sanitaria evacua informes o autorizaciones sanitarias, dependiendo del riesgo de la actividad de que se trate. Los plazos de entrega de autorizaciones varían pero por regla general exceden los 30 días.

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

Como esta medida ha resultado muy exitosa, pues ha tenido escasos márgenes de incumplimiento, el ejecutivo ha promovido su incorporación en este proyecto de ley con el fin de dotarlo de cobertura nacional y evitar así que esta política dependa de la autoridad de turno. La norma señala:

¹³⁷ Chile. Ministerio de Salud. 1989. Decreto con Fuerza de Ley que Determina Materias que requieren Autorización Sanitaria Expresa. Publicado en el Diario Oficial el 21 de Febrero de 1990.

“Las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud deberán proceder al otorgamiento de autorizaciones o permisos sanitarios, a las microempresas cuyas actividades no presenten un riesgo grave para la salud o seguridad de las personas o para la conservación del medio ambiente, a través de un procedimiento breve, que sólo contemple la presentación de la solicitud, una declaración jurada simple del titular y la acreditación del pago de los derechos respectivos.

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

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

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

28.- La Empresa de Menor Tamaño en su Rol de Consumidora. El proyecto de ley consagraba en su artículo 7º, original, siete numerales a cargo de este tema, los que no sufrieron modificaciones en la discusión legislativa.

Como señala el mensaje de esta ley, se introduce una nueva regulación que pretende equilibrar las relaciones entre micro y pequeñas empresas¹³⁸ cuando éstas actúan como

¹³⁸ No se aplica a medianas empresas, pues se estimó que la asimetría de información es menor tratándose de ellas.

consumidores, esto es, como consumidores finales de bienes y servicios, modificando además algunas disposiciones de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, para ajustar algunos aspectos de su aplicación a las micro y pequeñas empresas.

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

Esta norma y sus siete numerales hacen una aplicación parcial de las normas de la Ley N° 19.496 sobre Protección al Consumidor y, a diferencia de las demás propuestas revisadas en este trabajo, esta es la única regulación que excede la relación de derecho público entre regulado y regulador. En efecto, esta norma genera un efecto en el ámbito privado, en los contratos entre las partes, cuestión que en mi opinión parece ajena a los propósitos de mejora regulatoria vertidos en el mensaje del proyecto.

Los procedimientos a los que dé origen la aplicación de esta norma serán competencia de los juzgados de policía local del lugar donde se hubiere producido la infracción y le será aplicable el procedimiento establecido en el párrafo 1° del Título IV de la ley N ° 19.496. Téngase presente que esta modificación legal haría plausible la indemnización por daño moral a favor de una persona jurídica si esta llega a ser una micro o pequeña empresa.

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

considerar en la aplicación de la multa que proceda, que el deber de profesionalidad de la micro o pequeña empresa es equivalente al del proveedor que cometió la infracción”.

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

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

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

La Biblioteca del Congreso Nacional, ha dicho respecto de esta norma que “si lo que se pretende con esta iniciativa es equilibrar las relaciones entre mypes consumidoras y sus proveedoras, debería hacerse aplicable la iniciativa sólo a las relaciones entre mypes consumidoras y proveedoras que sean medianas o grandes empresas. Es bajo estas relaciones donde se dan los supuestos de desequilibrio que se pretenden subsanar y no en las relaciones comerciales entre dos mypes”¹³⁹. Esta observación es pertinente porque detecta una característica única en lo que llevamos analizado de este proyecto y es que esta propuesta no constituye una mejora regulatoria. Esta norma si bien reconoce un derecho a favor de las micro y pequeñas empresas como consumidoras, también le impone la carga de responder en su carácter de proveedora.

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

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

¹³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2008, La Protección al Consumidor Micro y pequeña Empresa en el Proyecto de Ley que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño: Explicación y Consecuencias. Documento elaborado por James Wilkins Binder. Valparaíso. Chile.

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

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

Enrique Barros B. señala que el derecho de la competencia se descompone en dos grupos de intereses que son diferentes entre sí “(i) ante todo, se cautela la libre competencia, que atiende esencialmente a la estructura de los mercados competitivos, y, (ii) además, establece una protección contra la competencia desleal, que tiene una dimensión más individualizada, pues cautela que los competidores no sobrepasen los límites de las buenas costumbres comerciales o profesionales en la prosecución de sus fines empresariales”¹⁴⁰.

Este mismo autor señala que un aspecto esencial de esta diferenciación radica en el tiempo en que unos y otros ilícitos importan o producen sus efectos; los de competencia desleal “miran hacia el pasado”, si generó o no el menoscabo patrimonial, en los de libre competencia en cambio, “el análisis de los hechos tiende a ser *conjetural*, pues se basa en experiencias pasadas o en lo que ha ocurrido en otros lugares; o en modelos económicos respecto de la conducta previsible de los actores en el mercado, tal como quedaría estructurado si se autoriza la operación que se analiza. En definitiva, se trata de *inferencias*, que sólo expertos pueden realizar acerca de lo que ocurrirá en el futuro”¹⁴¹.

La ley Número 20.169 de competencia desleal tiene su origen en una moción parlamentaria que detectó la complejidad del fenómeno y su falta de reconocimiento legal. Luego de una interesante discusión que quedó plasmada en su historia fidedigna, el texto definitivo de la ley consagró en su artículo 3° que: “En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas

¹⁴⁰ Disponible en www.fne.cl
[http://www.fne.gob.cl/descargas/dia_competencia/data/2004/disc_ddlc_2004_eb.pdf] Consultado el 26 de Febrero de 2009.

¹⁴¹ *Ibíd*em

costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”.

Convenido entonces que la competencia desleal versa sobre conductas llevadas a cabo con dolo, que buscan menoscabar el patrimonio de otro (competidor), por consiguiente deben ser sancionadas con las reacciones que el ordenamiento jurídico prevé para este tipo de conductas, que son la compensación o el resarcimiento del daño sufrido y que los atentados a la libre competencia en cambio, son aquellos que inciden en valores públicos, en el bien común de la nación, en la justicia y eficiencia para organizar la oferta y la demanda de bienes susceptibles de comercializarse, se hace oportuno revisar los aspectos del proyecto que inciden en esta materia.¹⁴²

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

“h) La imposición por parte de un proveedor, de condiciones de contratación para sí, basadas en aquellas ofrecidas por ese mismo proveedor a empresas competidoras de la primera, para efectos de obtener mejores condiciones que estas; o, la imposición a algún proveedor de condiciones de contratación con empresas competidoras de la empresa en cuestión, basadas en aquellas ofrecidas a ésta. A modo de ejemplo, se incluirá bajo esta figura la presión verbal o escrita, que ejerza una empresa a un proveedor de menor tamaño cuyos ingresos dependan significativamente de las compras de aquella, para obtener un descuento calculado a partir del precio pactado por ese mismo proveedor con algún competidor de la primera empresa.

¹⁴² Valdez Prieto, Domingo. Libre Competencia y Monopolio, Op. Cit. Página77.

- i) El incumplimiento sistemático de deberes contractuales con los proveedores, para efectos de obtener rebajas artificiales de costos frente a competidores.”*

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

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

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

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

Si es la EMT quien demanda en juicio, se cumplen plenamente las hipótesis de la competencia desleal por cuanto es ilegítima y contraria a la buena fe dicha imposición, su legitimación activa es incuestionable. Sin embargo, si la que recurre es otra de las empresas proveídas por esa EMT, la legitimación debería fundarse en el atentado a la libre competencia, esto porque dicha presión impide o restringe la competencia libre en los mercados de que se trate.

Hay que hacer la prevención que esta norma no pretender prohibir que el proveedor de menor tamaño reproduzca las condiciones con las en general contrata, sino garantizarle que tendrá la libertad de cambiarlas si las condiciones del mercado así lo ameritan. Por otro lado, reconociendo las características propias de la negociación comercial, hay que dejar en claro que los mecanismos de negociación que apunten a obtener mejores condiciones no son ilegales, el matiz esta dado por la búsqueda de esas condiciones indebidas, por ejemplo, amenazando con una negativa de compra si su poder de mercado es relevante, celebrando contratos de especialización¹⁴³ sin plazos determinados o determinables, etc.

El interés del poder legislativo en estas materias es enorme, tanto es así que existe una moción parlamentaria que apunta a regular estas mismas materias. Dicha presentación define lo que debe entenderse por proveedor, proveedor de menor tamaño y empresa abastecida. Consigna además la obligación para la empresa abastecida de dictar un reglamento que fije las condiciones generales de contratación con sus proveedores, fija plazos máximos de pago a los proveedores y entrega el conocimiento de estos asuntos a la Fiscalía Nacional Económica.¹⁴⁴

¹⁴³ Relación contractual que impone un vínculo de exclusividad a una o ambas partes, y que por lo tanto limita las relaciones contractuales con terceros. Esta relación contractual puede materializarse en la exclusividad de abastecimiento del comprador (cláusula de exclusividad de compra), o en la exclusividad de suministro por parte del proveedor. CATEDRA DERECHO DE LA DISTRIBUCION, 2006, Profesor Carlos Urquieta Salazar, [Diapositivas].

¹⁴⁴ PROYECTO DE LEY (Boletín N° 5034-03). Artículo 1.- Las normas contenidas en esta ley son irrenunciables y rigen las relaciones comerciales entre proveedores y empresas abastecidas. Artículo 2.- Para los efectos de esta ley se entenderá por: 1) Proveedor.- la persona, natural o jurídica, que aprovisiona bienes o mercaderías a otra, con el objeto de ser vendidas al público, o presta servicios para la explotación del giro de la segunda. 2) Proveedor de menor tamaño.- aquel que por concepto de venta de mercaderías o prestación de servicios facture en total, anualmente, una suma igual o inferior al equivalente en pesos a sesenta mil unidades de fomento, sin considerar los impuestos.

El segundo literal de esta norma le da el rango de competencia desleal al incumplimiento contractual. Esta norma es muy novedosa pues establecería los elementos de una presunción de mala fe en el incumplimiento sistemático de las obligaciones contraídas.¹⁴⁵

También se considerará como tal, al proveedor que inicie sus relaciones comerciales con la empresa abastecida, entendiéndose por tal la primera venta o primera prestación de servicios, hasta el mes siguiente a aquél en que, por concepto de venta de mercaderías o de prestación de servicios facture, en el mes, una suma superior al equivalente en pesos a cinco mil unidades de fomento, sin considerar los impuestos. Transcurrido un año desde el inicio de las relaciones comerciales, se aplicará la regla general. Sin perjuicio de lo anterior, no será considerado proveedor de menor tamaño aquél cuyas ventas totales anuales excedan al equivalente en pesos a cien mil unidades de fomento, sin considerar impuestos. Mientras no sea posible realizar la calificación, se considerará a los proveedores como de menor tamaño.

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

Artículo 3.- Será obligatorio para la Empresa Abastecida elaborar un Reglamento General de Aprovisionamiento, en el que se establecerán las condiciones con que deberán cumplir los proveedores, como asimismo, las condiciones que la Empresa Abastecida se obliga a respetar en sus relaciones comerciales.

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

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

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

Artículo 4.- Se prohíbe a la empresa abastecida realizar cobros a los Proveedores de Menor Tamaño por concepto de entrada, de exhibición, de merma, de igualación de precios en caja, y en general, ningún cobro adicional al precio del producto o de la prestación de servicios, entendiéndose por tal el corriente de plaza o los fijados en los aranceles respectivos, según el caso.

Artículo 5.- Será obligatorio para la Empresa Abastecida pagar el precio de las mercaderías o el de las prestaciones que se le otorguen, dentro del plazo máximo de 30 días, cuando se trate de Proveedores de Menor Tamaño. Tratándose de los demás proveedores, el plazo máximo no podrá exceder de 60 días. Sólo por acuerdo expreso, el que deberá constar por escrito, se permitirá el pago fuera de éste último plazo.

El pago realizado fuera de los plazos máximos establecidos devengará el interés máximo convencional multiplicado por dos, calculado desde la fecha de la entrega de las mercaderías o la prestación del servicio, según sea el caso.

La infracción a lo dispuesto en los incisos precedentes será sancionada con multa de 500 a 3000 Unidades de Fomento, a beneficio fiscal el 40 % y el remanente en beneficio del respectivo proveedor. Si el Proveedor, con ocasión del retardo en el pago sufre perjuicios mayores a la cantidad que reciba por aplicación de la multa impuesta a la Empresa Abastecida, tendrá derecho a que se le pague sólo aquella parte de los perjuicios no cubiertos por la multa. Para recibir el pago del porcentaje de la multa, el proveedor no tendrá que acreditar perjuicios.

El cobro de los intereses será compatible con la aplicación de la multa.

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

¹⁴⁵ Esto es, incumplimiento (cumplimiento tardío, cumplimiento parcial, o falta total de solución), además que esta situación se haya materializado en más de una oportunidad en la relación comercial que vincula a los comerciantes o competidores.

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

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

30.- La Empresa de Menor Tamaño y los Acuerdos de Producción Limpia. El proyecto de ley en comento, establecía en su artículo 8°, original, un “Marco Normativo para Los Acuerdos de Producción Limpia (APL)”. Es decir, establece una ley dentro de esta ley.

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

Los Acuerdos de Producción Limpia (APL) son acuerdos de carácter voluntario entre un sector empresarial, empresa o empresas y el o los organismos de la administración del Estado facultados para suscribirlos en los que se fijan compromisos que una vez suscritos son vinculantes, abordan norma sanitarias y medio ambientales, entre otras.¹⁴⁶

¹⁴⁶ CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. 2006. Política Nacional de Producción Limpia al 2010. CORFO. Santiago, Chile.

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

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

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

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

31.- Ley de Reorganización o Cierre de las Micro y Pequeñas empresas en Crisis.

Esta es una materia de las más atractivas de las contenidas en la ley.

Se trata de una propuesta de ley individual, distinta de las otras normas contenidas en el articulado de la ley. Esta nueva regulación tiene por objeto remediar los problemas derivados de las crisis económicas que afectan a las EMT, sin que por ello se modifique el resto de la normativa aplicable a estos casos, en este caso la Ley de Quiebras. Esta ley establece un “sistema de alivio” para buscar la mejor solución a un periodo de crisis económica fijando un detallado marco regulatorio para ello.

La mejor solución a la que apunta esta nueva regulación busca por un lado, tratar de encontrar acuerdos entre los acreedores de la EMT para que esta sobreviva al periodo

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

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

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

Se crean además nuevos intermediarios entre acreedores y deudores denominados “Asesores Económicos de Insolvencia”.

Ellos intervienen en un procedimiento extrajudicial, voluntario para todos aquellos deudores, titulares de EMT, que estén en insolvencia o próximos a llegar a ella para que recurran a este asesor económico, quien, previa evaluación de los antecedentes que se le acompañen por el deudor, podrá emitir un certificado de suspensión de los

procedimientos judiciales o administrativos, que señala la ley, y que se encuentren iniciados en su contra por un plazo determinado¹⁴⁷. Expedido que sea el certificado, se comunica de este hecho a la Superintendencia de Quiebras quien validará dicho certificado.

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

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

La reglamentación antes descrita se compone de tres títulos:

- El primero de ellos establece disposiciones generales tales como el ámbito de aplicación y qué se entiende por estado de insolvencia.
- El segundo título se refiere a los asesores económicos de insolvencia y establece sus funciones, requisitos para ejercer el cargo, regulaciones complementarias para el ejercicio de estas funciones, prohibiciones en el ejercicio del encargo, causales de exclusión, procedimientos de reclamos para esas exclusiones, obligaciones en caso de renuncia al encargo, inhabilidades, sanciones por el concierto entre deudor, asesor o acreedores,

¹⁴⁷ Tratándose del deudor persona natural, la insolvencia deberá evaluarse respecto de todas sus deudas incluidas aquellas que no son necesariamente de su giro. Tratándose del deudor persona jurídica, habiendo separación de patrimonio, no cabe la inclusión anterior.

responsabilidades del asesor económico, incompatibilidades y las funciones de la Superintendencia de Quiebras.

- El tercer título relativo al procedimiento, establece los requisitos para presentar el requerimiento al asesor, los requisitos para emitir el certificado, los efectos del certificado, la presentación y periodo de suspensión del certificado, características del estudio económico, citación de los acreedores, proposiciones y acuerdos, extinción de los efectos del certificado y remuneración del asesor.

Adicionalmente, toda este sistema se complementa con algunas modificaciones al Código de Comercio, al reducirse el plazo de rehabilitación de la quiebra de 1 año a 6 meses y aumentando a 2.000 unidades de fomento la suma para la realización sumaria de los bienes como producto probable de la realización del activo¹⁴⁸.

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

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

32.- La Empresa de Menor Tamaño y la Regulación Laboral. El proyecto de ley recoge en el artículo 10°, original, una serie de modificaciones, entre ellas, una muy importante al Código del Trabajo.

¹⁴⁸ Artículos 240 y 109, respectivamente, del Libro IV del Código de Comercio.

Como indicáramos en capítulos anteriores este código establece, en su artículo 477, una norma residual en materia de sanciones; ella señala que para el caso de no haber una sanción expresa señalada por la ley se aplicarán las señaladas en esa norma, con aumento gradual de ellas dependiendo el número de trabajadores que laboren en ella.

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

32.1 Reconocimiento Expreso de la Clasificación de Empresas en Atención al Número de Trabajadores. Esta norma es nueva y recoge de manera apropiada los fines perseguidos por la regulación, primero reconoce realidades y más tarde establece normas especiales para generar el tratamiento diferenciado del sujeto.

Intercálase a continuación del artículo 476°, el siguiente artículo 476° bis nuevo:

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

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

32. 2 Graduación de las Multas en Conformidad al Tamaño de la Empresa.

Esta norma, si bien no es nueva, será modificada por este proyecto de ley estableciendo una nueva clasificación entre micro y pequeña empresa, clasificación que antes no existía. Una observación adicional sobre ella permite

percatarse que el inciso final no fue modificado, cuestión que es reprochable pues el criterio de gradualidad en la aplicación de la sanción es igualmente plausible.

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

Sustitúyese el artículo 477° por el siguiente:

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

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

Asimismo, para la gran empresa, la sanción ascenderá de 10 a 90 unidades tributarias mensuales.

En el caso de las multas especiales que establece este Código, su rango se podrá duplicar y triplicar si se dan las condiciones establecidas en los incisos tercero y cuarto de este artículo.

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

32.3 Ampliación de los Beneficios de Sustitución de Multa y Asistencia al Cumplimiento para Micro y Pequeñas Empresas. La regulación original establecía la posibilidad de sustituir multas por capacitaciones o por programas de asistencia al cumplimiento, sólo respecto de empresas de hasta 9 trabajadores, con la propuesta se amplía esta prerrogativa a aquellas empresas de hasta 49 trabajadores.

Además de lo anterior es posible sustituir más de una vez al año si lo sancionado corresponde a normas de distinta naturaleza.

Intercálase, a continuación del artículo 477°, el siguiente artículo 477° bis, nuevo:

“Tratándose de micro y pequeñas empresas, y en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad a los artículos 474° y 481° de este Código, el Inspector del Trabajo respectivo autorizará, a solicitud del sancionado, y sólo por una vez en el año respecto de la misma infracción, la sustitución de la multa impuesta por alguna de las modalidades siguientes:

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

En el caso de multas no comprendidas en el número anterior, y previa acreditación de la corrección, de la o las infracciones que dieron origen a la sanción, por la asistencia obligatoria a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que tendrán una duración máxima de dos semanas.

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

Autorizada la sustitución de la multa de conformidad a lo dispuesto precedentemente, si el empleador no cumpliera con su obligación de

incorporarse en un programa de asistencia al cumplimiento o de asistencia a programas de capacitación, según corresponda, en el plazo de 60 días, procederá al aumento de la multa original, el que no podrá exceder de un 25% de su valor”.

32.4 Rebajas por Cumplimiento Dentro del Plazo Legal. Tal como lo indicara la Biblioteca del Congreso en sus observaciones, “se recoge en este punto uno de los principios del proyecto, esto es, la incorporación del criterio del tamaño de la empresa. Se propone que el quantum de la rebaja incorpore el criterio del tamaño de la empresa”¹⁴⁹. En esta materia la propuesta transforma el “techo” de la rebaja (50%) en el piso, y tratándose de las micro y pequeñas empresas, la rebaja parte al menos en un 80%.

Sustitúyese el artículo 481°, por el siguiente:

“Facúltase al Director del Trabajo, en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad al artículo 474° y no hubiere solicitado la sustitución del artículo 477° bis de este Código, para reconsiderar las multas administrativas impuestas por funcionarios de su dependencia en la forma siguiente:

- 1. Dejando sin efecto la multa, cuando aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho al aplicar la sanción;*
- 2. Rebajando la multa, cuando se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento, a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción.*

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

¹⁴⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2008, Revisión de la Propuestas Laborales del Proyecto de Ley que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño. Documento elaborado por Paola Álvarez Droguett. Valparaíso. Chile.

Como resultado del cuarto set de indicaciones remitidas a la Cámara de Diputados, se introdujeron nuevas modificaciones al Código del Trabajo y a la propuesta original contemplándose un nuevo inciso primero al artículo 477° bis que dice:

“Tratándose de micro y pequeñas empresas, el inspector del trabajo respectivo, siempre que constate una infracción legal o reglamentaria que no ponga en riesgo inminente la seguridad o la salud de los trabajadores, podrá conceder un plazo que no supere 10 días hábiles para dar cumplimiento a las normas respectivas.”

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

Como se desprende de las modificaciones comentadas, no se altera la regulación laboral de manera integral, se deja intacto el sistema de indemnizaciones, las causales de término de contrato, etc. “La propuesta del proyecto, en este ámbito modifica la política de fiscalización y aplicación de sanciones por infracciones a las normas laborales”¹⁵⁰, de las EMT.

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

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

¹⁵⁰ *Ibíd*em

33.1 Nuevas Atribuciones al Ministerio y Subsecretaría de Economía.¹⁵¹

Estos órganos de la administración no tenían la atribución legal para llevar adelante la función de coordinación de la política orientada hacia la EMT y tampoco de los demás órganos con funciones en esas mismas materias.

De hecho, los actuales cuerpos normativos que rigen a estas instituciones, el D.F.L. N° 88, de 1953, del Ministerio de Hacienda que adopta las medidas que indica en relación con el Ministerio de Economía y Comercio y sus atribuciones y actividades, el D.S. N° 747, de 1953, del Ministerio de Economía y Comercio que aprueba el Reglamento Orgánico de la Subsecretaría de Comercio e Industrias del Ministerio de Economía¹⁵², no contemplaban ninguna atribución relativa a las materias que estos órganos hoy en día coordinan. De hecho gran parte del “aggiornamento” de estas reparticiones se encuentra en actual tramitación legislativa, un ejemplo es esta ley, cuyo estudio nos convoca, otro es el proyecto de ley que creará una nueva institucionalidad turística, otro el que establece un sistema de distribución para el fondo de innovación para la competitividad, entre otros.

La Ley Número 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, en lo pertinente indica que:

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

Le corresponderá a la Subsecretaría de Economía generar coordinaciones para que en conjunto con los Ministerios sectoriales, para que en la formulación de las políticas y planes de fomento se

¹⁵¹ Ha sido el Ministerio de Economía quien ha asumido las funciones de fomento de la EMT en base a lo que disponen la Ley N° 14.171 y el DFL N° 88 de 1953 del Ministerio de Hacienda.

¹⁵² Así por ejemplo el DFL N° 88 establece entre sus atribuciones “fijar por decreto supremos los tipos de cambios”, “Elaborar convenios y tratados internacionales”, “Impartir instrucciones económicas a los cónsules”, “Formular la política aduanera”, etc., todas atribuciones derogadas por otras normas legales dictadas con posterioridad.

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

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

Estas normas encuentran plena acogida en el mensaje del ejecutivo cuando señala que “requieren que el Estado asuma su responsabilidad, reparando (...) el camino para que las empresas puedan cumplir los requisitos que establece la legislación y corregir aquellos aspectos normativos y administrativos que son desproporcionados (...)”¹⁵³.

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

“Créase el Consejo Nacional Consultivo de la Empresa de Menor Tamaño, en adelante y para todos los efectos de esta ley, “el Consejo”,

¹⁵³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2008, Órgano Coordinador Administrativo en Materia de Empresas de Menor Tamaño. Documento elaborado por Rodrigo Bermúdez Soto. Valparaíso. Chile.

cuya función será asesorar al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción en la proposición de políticas y coordinación de esfuerzos de los sectores público y privado, destinados a promover una adecuada participación de las Empresas de Menor Tamaño en la economía nacional.

El Consejo estará integrado por los siguientes miembros:

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

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

- a) “Evacuar consultas, sugerencias, observaciones o proposiciones, respecto de materias de competencia del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción relacionadas con las Empresas de Menor Tamaño, en las cuales éste les solicite su opinión;*

- b) *Proponer al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, estrategias que permitan potenciar la debida coordinación de las políticas y acciones sectoriales de apoyo a las Empresas de Menor Tamaño;*
- c) *Asesorar al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, para que este, en colaboración con los Ministerios sectoriales, se dé cumplimiento a las políticas y planes focalizados en Empresas de Menor Tamaño; y*
- d) *Promover la cooperación entre las instituciones del sector público y privado en la ejecución de programas relativos a las Empresas de Menor Tamaño”.*

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

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

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

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

33.3. Nuevas Atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica en Resguardo de las EMT.¹⁵⁴ Existe en actual tramitación, en segundo trámite constitucional en el Senado, un proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía del año 2004, que corresponde el texto refundido coordinado y sistematizado del D.L. 211 y si bien esta reforma no es parte del proyecto de ley objeto de nuestro estudio, se hace igualmente importante mencionarlo por cuanto esta iniciativa incrementa los resguardos a favor de las EMT frente a atentados a la libre competencia.

Entre los aspectos fundamentales de este proyecto se puede mencionar el fortalecimiento de la independencia de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a través del cumplimiento a normas aun más estrictas en lo que se refiere a incompatibilidades, prohibiciones e inhabilidades, a objeto de garantizar la libertad deseada no sólo a la fecha de su nombramiento, sino también durante el ejercicio de su función e, incluso, un período razonable que se extiende más allá de la cesación en el cargo. Adicionalmente otro eje del proyecto es fortalecer las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, en tanto órgano que investiga las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados, particularmente en lo que dice relación con aquellas herramientas para poder detectar colusiones. “Efectivamente, la experiencia nacional e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo. Frente a ello, un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes en otros países es la delación compensada o leniency”¹⁵⁵.

En relación a las materias con incidencia en nuestro objeto de estudio, este proyecto¹⁵⁶ introduce nuevas facultades en el artículo 39 del Decreto Ley N°

¹⁵⁴ Ver punto 14.6

¹⁵⁵ Mensaje Boletín N° 4234-03

¹⁵⁶ Boletín N° 4234-03.

211, estableciendo la protección de la identidad de quienes denuncien¹⁵⁷ o declaren en un caso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. De esta forma se pretende evitar el riesgo de represalias, que son las que habitualmente inhiben la denuncia, por ejemplo, a empresas de gran tamaño.

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

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

33.4 Enfoque de Equidad de las Políticas de Emprendimiento. Un tema novedoso y que marca pautas en lo que, en mi opinión, son mejoras regulatorias es el que dice relación con la transversalización de determinados enfoques en la legislación que se dicta. Sin duda nuestro tema de estudio es el resultado de la mirada transversal de este enfoque costo-beneficio de la regulación, pero aún así esta iniciativa soporta una visión más específica aún. En el segundo envío de indicaciones¹⁵⁸ al parlamento el ejecutivo incluyó una función adicional al Consejo Consultivo Nacional que indica que este deberá:

¹⁵⁷ Disponiendo de oficio o a petición de parte que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, con el sólo objeto de proteger la identidad de los denunciados.

¹⁵⁸ Envío que además consideró la incorporación al Consejo Consultivo de un representante del Consejo Nacional de Innovación Para la Competitividad.

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

Esta indicación consagraba, luego de la palabra “oportunidades”, la expresión, “entre hombres y mujeres”¹⁵⁹, frase que fue eliminada en el Senado, arguyendo que era más conveniente asegurar una “igualdad de oportunidades” générica para favorecer a cualquier grupo vulnerable sin preeminencia de uno sobre otro.

Esta medida es también un gran avance en materia de mejora regulatoria pues promueve necesariamente la generación de políticas con enfoques de equidad, cuestión que en materia de emprendimiento presenta interesantes características.

34.- Denominación y Contenido de esta Ley. La idea es definir en este párrafo el verdadero carácter de esta ley. Por lo expuesto hasta esta parte podemos constatar que se trata de una ley miscelánea por la variedad de materias que ella abarca, además de las dos leyes que ella misma contiene¹⁶⁰. Sin embargo, hay otro aspecto, en el que es prioritario detenernos, y dice relación con la naturaleza de esta ley, es decir, ¿estamos presencia de una ley general o por el contrario, estamos frente a una ley especial?

Señala la doctrina que “el sentido y alcance que el legislador le ha dado a una norma, es el que consta, expresa o implícitamente, pero con la claridad inequívoca, en la historia oficial de su establecimiento”¹⁶¹.

¹⁵⁹ En Chile, 1 de cada 3 emprendimientos corresponden a mujeres. Aquellos emprendimientos pueden clasificarse en emprendimientos por necesidad y emprendimientos por oportunidad. Más de la mitad de las mujeres lo hacen por necesidad a diferencia de los hombres que en su mayoría lo hacen por oportunidad. De manera entonces, que esta función puede tener importantes efectos en la eficiente focalización de instrumentos de fomento cuando ellos vayan en directo beneficio de aquellas EMT que presentan una u otra característica.

¹⁶⁰ Sobre Acuerdos de Producción Limpia y Reorganización o Cierre de Empresas en Crisis.

¹⁶¹ FERNANDEZ, MIGUEL, Op. Cit. Página 226.

En muchos pasajes de su texto, el mensaje explica que lo que motivó la preparación y tramitación de esta ley son *“las desigualdades en el acceso a oportunidades para emprender”*, que es *“responsabilidad del sector público preparar el camino para que las empresas puedan cumplir los requisitos que establece la legislación y corregir aquellos aspectos normativos y administrativos que son desproporcionados para el tamaño de las unidades productivas más pequeñas”*, que la *“la mejora regulatoria es un proceso fundamental para fortalecer la promoción del desarrollo económico y social”*, que *“la mejora regulatoria contempla cambios a normas vigentes y propuestas, como también puede incluir nuevas leyes para cubrir vacíos legales existentes”*, que en el caso de Chile la *“mejora regulatoria para la normativa aplicable a las empresas consiste justamente en revisar y adecuar la normativa vigente, modificar la que es redundante o impone costos que inducen al incumplimiento, e introducir nuevas regulaciones en los casos en que se requiera”*, etc.

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

Las leyes generales *“obligan o facultan a todos los comprendidos dentro de la clase designada por el concepto-sujeto de la disposición normativa”*¹⁶², y las leyes especiales son aquellas que establecen alguna diferencia en base a legítimas consideraciones a las establecidas en leyes generales.

La mayoría de los textos legales que sufrirán modificaciones a partir de este proyecto son leyes marcos o generales, así por ejemplo lo son el Código Sanitario y el Código del Trabajo, de manera que frente a ellas, esta regulación es una regulación especial, que por lo tanto, prima.¹⁶³

¹⁶² GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. 1982. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, México, página 82.

¹⁶³ Sin perjuicio de lo vertido en el párrafo anterior, hay un hecho insoslayable y que radica en que la norma general será aplicada a las grandes empresas (y en menor medida a las medianas), las que en su conjunto constituyen el 1% del total de empresas del país. La regla especial se transformará, a la larga, en

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

1. Entre una norma general anterior y de mismo quorum y esta ley, prima esta ley por su naturaleza especial y posterior.
2. Entre dos normas especiales hay que distinguir, si la norma especial que regula un sector o actividad económica específica, distingue o no por tamaño de empresa.
 - Si ambas lo hacen, hay que subdistinguir
 - Ambas lo hacen de la misma forma, entonces se aplica aquella que genere menos costos de cumplimiento.
 - Si no lo hacen de la misma forma, se aplicará aquella más próxima en el tiempo.
 - Si aquella especial del sector o actividad económica no lo hace, se aplicará esta ley.

Consideramos recomendable, para el destino de esta ley y de las políticas destinadas a las EMT, que siempre se le atribuya este carácter especial. Uno de los objetivos de esta ley es generar un cambio en el regulador de manera que siempre pondere en las medidas que adopte y las regulaciones que promueva, este carácter especial de las empresas en razón de su tamaño. Este énfasis es prioritario para el avance que se busca.

Finalmente, debo decir que hubiera sido deseable y conveniente incorporar, a raíz del propósito anterior, alguna norma en esta ley que establezca que en materia de

la regla o norma general, lo que para estos efectos debemos entender como una incipiente normativa en razón de las características del sujeto regulado.

interpretación de algún precepto regulatorio con específica incidencia en la relación del regulado con la administración, se prescriba la necesaria consideración en razón del tamaño del sujeto, y en base a eso estructurar los requisitos exigidos, el monto y las sanciones, etc.

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

CONCLUSIONES

Luego de la deliberación de todas las aristas vinculadas a la EMT, son varias las conclusiones que puedo emitir al final de este trabajo.

La primera conclusión general dice relación con la historia de la ley. A ella habrá que recurrir y hacer referencia sistemática cada vez que se quiera interpretar un precepto de esta ley a favor de las EMT. La voluntad del legislador de distinguir en razón del sujeto regulado ha estado presente a lo largo de toda la discusión parlamentaria por lo que ha quedado establecido que la tendencia hacia la mejora regulatoria, esto es, hacia la norma costo efectiva, será un enfoque que debiera extenderse a otras iniciativas que en el futuro se tramiten.

Un segundo orden de conclusiones las constituyen aquellas reflexiones particulares, las que desarrollaré en torno a dos líneas, por un lado aquellas que considero Innecesarias o Pendientes, y por otro, aquellas que considero Útiles y Pertinentes.

I.- Innecesarias o Pendientes

En esta parte de las conclusiones la sensación no es tan grata básicamente porque, como su título lo indica, hemos podido apreciar, como protagonistas y autores de este estudio, que hay una serie de materias que no se han abordado, que están pendientes y otras que habiéndose hecho, han generado una definición defectuosa de los términos de este estatuto normativo.

1.- El objeto contenido en el proyecto de ley que ha sido materia de este trabajo esta aún incompleto. Como señalara en el curso de este trabajo, la mejora regulatoria no es un fin en sí misma, sino que por el contrario, es un medio para un fin, que en nuestro caso debe ser el desarrollo productivo, el fomento del empleo, todo ello como parte de una estrategia de crecimiento económico y social del país.

2.- La necesidad de contar con un concepto de EMT exige necesariamente pronunciarse acerca de los criterios que se usarán en nuestro país para la segmentación. Es un hecho que el poder legislativo no tiene una decisión tomada, ni como cuerpo colegiado ni a nivel de conglomerados políticos. El ejecutivo por su parte, parece tener claro los criterios que no quiere incorporar, pero tampoco ha sido explícito en la definición que busca.

Hoy en día tenemos un criterio de clasificación en base a ventas y número de trabajadores, independiente el uno del otro.

Con respecto a las ventas hay que decir que los márgenes vigentes en Chile están muy por debajo de aquellos existentes en países como Argentina o Perú, presentándose la situación irrisoria que en Chile pueden ser empresas de gran tamaño dos empresas que nada tienen en común.¹⁶⁴

Creemos que las fórmulas planteadas por algunos centros de investigación no van por la vía correcta y no ayudan a simplificar este proceso de segmentación.

Creo que la segmentación por materia, sin combinaciones ni promedios de ningún tipo es lo correcto, por lo demás así lo hacen países como Estados Unidos donde por ejemplo en el caso de la industria manufacturera, la pequeña empresa se define en relación al número de empleados que ella tiene (500, 750, 1000 y 1500), pero tratándose de otros sectores productivos el factor para determinar su tamaño esta dado por las ventas anuales.¹⁶⁵ En este sentido este ejemplo es novedoso y para nada complejo. Hoy en Chile es perfectamente posible hacer claras distinciones y caracterizaciones por sector productivo, de hecho las regulaciones nacionales lo hacen (por ejemplo laboral, al regular el contrato del trabajador agrícola, el de mar, el de hoteles, etc., también lo hace la tributaria), de la misma forma que como se enfocan las

¹⁶⁴ En una de las audiencias públicas de este proyecto de ley doña Patricia Pérez, Presidenta de Asexma, indicó que "en Chile, Collochy clasifica como gran empresa, en igualdad regulatoria con empresas del porte de Codelco, cuestión que no tenía ninguna lógica ni económica ni jurídica".

¹⁶⁵ U.S. Small Business Administration (SBA), Disponible en: <www.sba.gov/service/contractingopportunities/sizestandartopics/faqs/index.html> [Consultada: 26 de Agosto de 2008]

ayudas económicas contenidas en el instrumental de fomento, que está diseñado por sector.

Todo lo anterior sin hacer complejas fórmulas matemáticas frente a las cuales no hay ni siquiera una institucionalidad formal que las sostenga y avale.

3.- Este proyecto de ley cuenta con un par de propuestas legales que no se avienen con el contenido original de una propuesta de mejora regulatoria, que exceden la relación del regulado con el regulador, proyectando efectos en el ámbito contractual, así por ejemplo cuando repasamos aquella que reconoce a la EMT derechos como consumidora manifestamos nuestro disenso por cuanto junto con reconocerle este derecho, también le impone la obligación de responder a un universo mayor de consumidores que son las micro y pequeñas empresas beneficiadas con este reconocimiento. Por lo anterior, estimo que sería del todo coherente con la finalidad, eliminar esta norma.

Otro tema es la nueva regulación para el favorecimiento de los acuerdos de producción limpia. Si bien no estamos en desacuerdo con la promoción de estos acuerdos, creemos que no es este el mejor lugar para impulsarlos, su inclusión puede dar lugar a equívocos.

4.- Hablar de mejora regulatoria no sólo significa hablar de normas a la medida de los regulados, sino también de trámites más rápidos y más baratos. En este contexto hay que decir que no se ven, salvo en las medidas de funcionamiento y autorizaciones provisionales, normas específicas orientadas hacia esta política. Tal vez luego de la promulgación de este proyecto como ley de la república se hará necesario desplegar acciones en ese sentido, sobre todo municipales, pero el proyecto debió haber hecho un mandato genérico, tal como vimos en las normas latinoamericanas que se acompañaron en el anexo, para que el impulso de mejora no se diluya.

En este sentido hay que reconocer la decisión que han tenido otros gobiernos de la región al consagrar en la ley el establecimiento de ventanillas únicas para toda clase de trámites vinculados a la EMT.

II.-Útiles y Pertinentes

1.- Con ocasión de mi participación en la tramitación legislativa de este proyecto de ley he podido ir comprobando in situ como los cambios, aún sin que medie la aprobación de la ley ya son perceptibles.

Presentado que fue el proyecto de ley, de inmediato se generó la necesidad, promovida por parlamentarios de todos los sectores, de contar con una institucionalidad política que diera sustento y continuidad a la política de mejora regulatoria que se buscaba promover. Se entendió con profundidad que de nada sirve generar una política, dictar una ley, sin que haya una entidad a cargo de salvaguardar el correcto cumplimiento de aquellos mandatos.

En este sentido creo que nuestro país avanzará en el corto plazo hacia el establecimiento de sistemas institucionales de mejora regulatoria en todo los ámbitos, y no sólo en materia de EMT. Este panorama es alentador si se piensa que Chile pretende adoptar una institucionalidad en la línea de lo que el resto del mundo también ha hecho.

Además de lo anterior, la circunstancia que la responsabilidad y coordinación de estos temas se haya radicado en una institución concreta, en este caso la Subsecretaría de Economía y el Consejo Consultivo Nacional de la EMT, permitirá crear bases de datos sólidas que concentren la información que es necesario generar y tener disponible para la adopción de nuevas medidas

2.- La modificación regulatoria promovida por este proyecto de ley no responde a voluntades antojadizas y arbitrarias de la autoridad, si no que atiende a la necesidad

motivada desde la ciudadanía organizada, en gremios, centros de pensamientos y recogida por el Estado.

Lo anterior manifiesta que se trata de una regulación que se sustenta en la realidad y en el acuerdo al que es posible arribar cuando se trabaja con voluntad y con la convicción que lo que guía ese ánimo es algo que tendrá impacto real y positivo en la vida de muchas personas.

Estas mejoras regulatorias sin duda no harán desaparecer la totalidad de los costos, pero pondrán el acento en la formulación de normativas cuyos costos de cumplimiento sean menores a los beneficios que se obtengan de su aplicación.

3.- El enorme despliegue en recursos humanos y materiales que ha significado la elaboración de este proyecto dejó en evidencia, las grandes posibilidades de hacer ajustes regulatorios en las más diversas materias por la vía de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuestión que a todas luces permitirá avanzar más rápido y profundamente en este proceso.

4.- La discusión parlamentaria dio origen a la reflexión de una serie de materias de orden económico que han quedado fuera de la propuesta inicial y que bien se pueden incluir al proyecto por la vía de las indicaciones. En esa línea, una reforma más profunda a la ley de quiebras por ejemplo, permitiría contar con un instrumento con regulaciones más apropiadas para la EMT.

5.- Aprobado que sea este proyecto de ley, generará de inmediato efectos en la calificación internacional de nuestro país. Como consecuencia de estas modificaciones, Chile estará en mejores condiciones de formar parte de las economías que integran la OECD.

En virtud de todo lo expresado, y teniendo en cuenta que este proyecto de ley es el primer paso coordinado para generar medidas de mejora regulatoria, no puedo sino esperar con optimismo, primero que todo, la aprobación próxima de este proyecto de

ley, y segundo, la implementación de las medidas complementarias que sean necesarias para su total y progresiva consumación.

ANEXO

PRÁCTICAS REGULATORIAS EN EL DERECHO COMPARADO.

35.- Contexto. Esta materia no es nueva, de hecho y como comentáramos en los capítulos anteriores, gran parte de la motivación de nuestro país por avanzar en procesos de mejora regulatoria están dados por el concierto internacional.

La entrada en vigencia de esta ley importará que jurídicamente se revisen una serie de regulaciones existentes. Sin ir más lejos, al interior del Ministerio de Economía ya existen equipos de profesionales destinados a monitorear cada proyecto de ley, promovido por otros ministerios, con incidencia en materias empresariales para que no escape del enfoque por tamaño que se quiere dar a la regulación.

En materia económica los efectos deberían traducirse en una dinamización de la actividad empresarial, dada básicamente por la mayor apertura de empresas y el nuevo emprendimiento de aquellos que han podido cerrar un negocio fallido.

Esta conjugación de factores debería dotar a nuestro país de una nueva identidad en materia económica, generando un impulso en competitividad y ubicando al país en mejores condiciones en comparación a aquellos países que no han introducido esta clase de mejoras.

A continuación revisaremos algunos ejemplos latinoamericanos en la línea de lo que pretende llegar a ser este proyecto de ley y algunos modelos de unidades o agencias de mejora regulatoria existentes en países integrantes de la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD).

Entorno Regulatorio Latinoamericano.

36.- Perú. Cuenta con la Ley N° 28.015 de Promoción y Formalización de la Micro y pequeña Empresa del 3 de julio del 2003, que dentro de sus principales aspectos destaca:

36.1 Objeto. En su artículo 1º esta señala que *“la presente ley tiene por objeto la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno y las exportaciones y su contribución a la recaudación tributaria”*.

Este objeto tiene una finalidad claramente económica, a diferencia del objeto del proyecto de ley materia de nuestro estudio, que pone énfasis en la necesidad de mejora regulatoria para facilitar el desenvolvimiento¹⁶⁶ de las EMT.

En nuestra opinión, el concepto promovido por la ley N° 28.015 es correcto pero incompleto, básicamente porque para el logro de aquellos objetivos es necesario que se reconozca la necesidad de suscitar mejoras en las regulaciones que inciden en la búsqueda de esos propósitos.

36.2 Concepto. Esta misma ley, en sus artículos 2º y 3º, define y entrega las características, respectivamente, de lo que se debe entender por micro y pequeña empresa:

¹⁶⁶ Artículo 1º Proyecto de ley que fija normas especiales para las EMT: “La presente ley tiene por objeto facilitar el desenvolvimiento de las Empresas de Menor Tamaño, mediante la adecuación y creación de normas regulatorias que rijan su iniciación, funcionamiento y término, en atención a su tamaño y grado de desarrollo”.

Art 2° Definición de Micro y Pequeña Empresa. La Micro y Pequeña Empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios.

Cuando esta Ley se hace mención a la sigla MYPE, se esta refiriendo a las Micro y Pequeñas Empresas, las cuales no obstante tener tamaños y características propias, tienen igual tratamiento en la presente Ley, con excepción al régimen laboral que es de aplicación para las Microempresas.

Art. 3° Características MYPE. Las MYPE deben reunir las siguientes características concurrentes:

A) El numero total de trabajadores:

- La microempresa abarca de uno (1) hasta 10 trabajadores inclusive*
- La pequeña empresa abarca de uno (1) hasta 50 trabajadores inclusive*

B) Niveles de ventas anuales:

- La microempresa hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias - UIT*
- La pequeña empresas partir de monto máximo señalado para las microempresas y hasta 850 Unidades Impositivas Tributarias - UIT.*

Las entidades publicas y privadas uniformizan sus criterios de medición a fin de construir una base de datos homogénea que permita dar coherencia al diseño y aplicación de las políticas publicas de promoción y formalización del sector”.

Estas normas presentan varias características interesantes para nuestro estudio. La primera de ellas es que se trata de un concepto económico de estas empresas y no jurídico. Luego, en cuanto a sus características, esta norma hace la misma definición que nuestro proyecto de ley, en razón del número de sus trabajadores y según las ventas anuales que dichas unidades productivas registren, pero fija ambos concurrentes, es decir, como copulativos.

36.3 Institucionalidad. Esta ley también considera estos aspectos. Entre lo más relevante se puede constatar la consagración de un mandato político explícito del gobierno central al nacional en el apoyo y promoción de este tipo de empresas. Se establecen en la ley lineamientos que debe seguir los órganos públicos, básicamente tendientes a la generación de programas que consideren esas características, que favorezcan la asociatividad, la innovación, la coordinación intergubernamental, etc.

Se establece como órgano rector de esta política al *Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*, y se crea un *Consejo Nacional para el Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa*, que entre otras cosas tiene como misión específica la concreción de todos los lineamientos señalados en esta misma ley.

36.4 Simplificación de Trámites. Se contiene en la ley un mandato al favorecimiento de la formalización de estas empresas y se remite expresamente el mandato al sistema de ventanilla única regulada en otras leyes de es nación.

Esta ley contiene un régimen de permisos municipales especiales para estas empresas, pero además de él, uno especial en materia tributaria, y uno laboral que atraviesa esa regulación de manera integral.

Hay que hacer notar que Perú, pese a lo específica que es su regulación para las micro y pequeñas empresas, no consagra en la ley ninguna unidad o agencia que vele por la correcta implementación de mejoras regulatorias.

37.- Argentina. La ley N° 20.467 del 23 de marzo de 1995, que Establece el Régimen para las Pequeñas y Medianas Empresas, regula varias materias de similar interés, entre ellas:

37.1 Objeto. En su artículo 1° esta ley indica que:

“La presente ley tiene por objeto promover el crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas impulsando para ello políticas de alcance general a través de la creación de nuevos instrumentos de apoyo y la consolidación de los ya existentes”.

La crítica de este concepto es similar a la que formulamos en la ley peruana, al apuntar únicamente a un criterio económico, cuando lo relevante es que se impulsen políticas a la medida de estas empresas. Estimamos que este objetivo es un poco inconsistente.

37.2 Concepto. La ley argentina establece una regla general para dar una definición, entregando en su artículo 2º la definición de ellas a “a la autoridad de aplicación” para que defina estas características imponiendo además la obligación de tener en cuenta el sector de la economía y la región del país.

Para efectos laborales, esta ley, en su artículo 83 define a la pequeña y mediana empresa en razón del número de trabajadores y de las ventas anuales, considerando a ambos caracteres como copulativos, esta circunstancia es una novedad pues incorpora las ventas de la empresa para complementar la definición del número de empleados.

Además de lo anterior, la legislación argentina considera los “valores de corte” de acuerdo al sector al que pertenece la empresa respectiva.

37.3 Institucionalidad. Esta ley hace constantes referencias a la “autoridad de aplicación”, concepto que entendemos es equivalente a decir “autoridad competente”, por lo que la primera crítica podemos formular a esta ley esta en la falta de una autoridad superior, visible, que coordine y fomente la uniformidad de estas políticas a nivel central.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario mencionar que en este país la Subsecretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Territorial, ha

sido llamada ha generar esta coordinaciones “tiene como función diseñar, implementar y supervisar políticas públicas con el objetivo de impulsar el desarrollo de las MiPyMes, a fin de avanzar hacia la integración de la estructura productiva de todas las regiones de la Argentina”¹⁶⁷.

37.4 Simplificación de Trámites. No se observan en todo el texto de esta ley disposiciones que atiendan a la necesidad de simplificar los trámites al momento de iniciar la actividad empresarial, así como tampoco, atribuciones para el cierre fluido de las empresas.

38.- Costa Rica. La ley N° 8.262 del 2 de mayo de 2002 de Fortalecimiento de la Pequeña y Mediana Empresa, establece de manera muy ordenada y coherente un conjunto de normas que conjugan las aspiraciones económicas del estado y de las EMT así como el énfasis en la necesidad de coordinar las regulaciones existentes con las características del sujeto regulado.

38. 1 Objeto. Esta ley define en su artículo 1º:

“La presente Ley tiene por objeto crear un marco normativo que promueva un sistema estratégico integrado de desarrollo de largo plazo, el cual permita el desarrollo productivo de las pequeñas y medianas empresas, en adelante PYMES, y posicione a este sector como protagónico, cuyo dinamismo contribuya al proceso de desarrollo económico y social del país, mediante la generación de empleo y el mejoramiento de las condiciones productivas y de acceso a la riqueza”.

Esta definición del objetivo nos parece muy buena, pues como se aprecia tiene muy presente, por un lado, la necesidad de un marco normativo estratégico que esta llamado a incidir en el largo plazo sobre el sujeto regulado, y por otro, y

¹⁶⁷ Subsecretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional (SEPYME). Ministerio de Economía Y producción. Disponible en: <<http://www.sepyme.gov.ar/index.php?btn=1&a=conozcanos&b=institucional&PHPSESSID=90f6eaf195e6d63b2da2a47d083a37e6>> [Consultada: 25 de Agosto de 2008]

como resultado de ese despliegue estratégico, lograr una posición protagónica y dinámica que contribuya al desarrollo económico y social de ese país.

38.2 Concepto. Esta ley entrega la siguiente definición:

“Para todos los efectos de esta Ley y de las políticas y los programas estatales o de instituciones públicas de apoyo a las PYMES, se entiende por pequeña y mediana empresa (PYME) toda unidad productiva de carácter permanente que disponga de recursos físicos estables y de recursos humanos, los maneje y opere, bajo la figura de persona física o persona jurídica, en actividades industriales, comerciales o de servicios. Mediante reglamento, previa recomendación del Consejo Asesor Mixto de la Pequeña y Mediana Empresa, se definirán otras características cuantitativas de las PYMES, que contemplen los elementos propios y las particularidades de los distintos sectores económicos, tomando como variables, al menos, el número de trabajadores, los activos y las ventas”.

El mandato anterior debe complementarse indicando que la normativa costarricense utiliza un polinomio de criterios (el indicado en la norma) cuya aplicación esta contenida en el Reglamento de la ley N° 8.262. la diferenciación entre micro y pequeña empresa se determina a partir de los resultados que las diversas fórmulas atribuyen por sector de la economía¹⁶⁸.

38.3 Institucionalidad. En esta materia, Costa Rica, al igual que el proyecto de ley chileno, contempla la atribución de coordinación de esta clase políticas en el “*Ministerio de Economía, Industria y Comercio*”, en el artículo 25 de esta ley donde señala que este ministerio “*desarrollará herramientas de coordinación, que permitan orientar y guiar la acción de los entes y órganos de la administración central y descentralizada y de las entidades privadas que*

¹⁶⁸ Para conocer el Procedimiento, Fórmula y Determinación en línea del tamaño de la empresa, se puede visitar:
< <http://www.pyme.go.cr/svs/herramientas/documento.aspx?id=824> > [Consultado: 25 de Agosto de 2008]

desarrollen programas y proyectos relacionados con las PYMES, con el fin de armonizar esfuerzos y lograr una adecuada satisfacción de las necesidades de ese sector". Además de esta fijación de atribuciones, esta ley aclara además qué se entenderá por coordinación institucional en el artículo 26º al señalar que esta corresponde a "la que se dé entre el MEIC y las dependencias integrantes del Consejo Asesor PYME y aquellas cuyo objeto institucional no sea específicamente la atención de las PYMES, pero que su accionar pueda constituirse en un mecanismo de apoyo, desarrollo y fortalecimiento de las PYMES. Para lo anterior, coordinarán con el MEIC y establecerán, dentro de su gestión institucional, acciones, programas especializados en atención a las PYMES y herramientas que garanticen la materialidad de las acciones que se emprendan, de conformidad con esta Ley, en el ámbito de las respectivas competencias".

La ley N° 8.262 también contempla la existencia de un "Consejo Asesor Mixto de la Pequeña y Mediana Empresa", instancia de integración pública (mayoritariamente) y privada, que tiene entre sus principales funciones analizar las políticas públicas en torno a estas empresas, el entorno económico, político y social, el análisis de los programas dirigidos a las pequeñas y medianas empresas, la evaluación y aplicación de estrategias para el sector, etc.

38.4 Simplificación de Trámites. Esta ley modificó otras leyes vigentes, entre ellas aquella que establecía las principales funciones y atribuciones del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, estableciendo como nuevas funciones, dos especialmente relevantes en estas materias, la primera de ellas dice relación con "Procurar la formalización de las PYMES informales ya existentes y apoyar el nacimiento de nuevas empresas"; y la segunda con "Establecer mecanismos de simplificación y descentralización que faciliten la creación, gestión y operación de las PYMES". Claramente dos acciones que van en el camino correcto.

39.- Colombia. Este país tiene legislación sobre estas materias desde el año 2000 contenida en la ley N° 590 sobre Promoción del Desarrollo de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa Colombiana, y hasta la fecha, esas regulaciones ya han sido modificadas, la última modificación corresponde a la ley N° 905 del 2 de Agosto de 2004. Con todas las modificaciones indicadas estos son los aspectos más relevantes de la legislación en comento.

39.1 Concepto. Esta ley ha sido modificada en esta parte, definiendo a partir de la ley N° 905 *“Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:*

1. Mediana empresa:

- a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o*
- b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

2. Pequeña empresa:

- a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabaja-dores, o*
- b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,*

3. Microempresa:

- a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,*
- b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,*

Como se puede apreciar, se trata de un concepto integrado y complejo, que se conjuga para definir la empresa en base a todos esos elementos.

39.2 Institucionalidad. Esta ley contempla de manera desordenada una institucionalidad bastante solvente en materia de EMT, así es posible destacar que el artículo 7º señala que *“competará exclusivamente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o quien haga sus veces la Coordinación General de la actividad especializada hacia las Mipymes que desarrollen las entidades de que trata este artículo”*.

Asimismo, consagra la existencia en su artículo 3º de un *“Sistema Nacional de Mipymes, conformado por los consejos superior de pequeña y mediana empresa, el consejo superior de microempresa y los consejos regionales. El Sistema Nacional de Apoyo a las Mipymes estará integrado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Protección Social, Ministerio de Agricultura, Departamento Nacional de Planeación, (...), el cual coordinará las actividades y programas que desarrollen las Mipymes.*

Este Sistema estará coordinado por el Viceministro de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio Industria y Turismo”.

Esta red demuestra que a pesar de la observación del primer párrafo, hay una consistencia con el plan estratégico de apoyar a las EMT.

39.3 Simplificación de Trámites. Esta ley establece en su artículo 4º, nuevo, una función del consejo destinada a *“Propender por la evaluación periódica de las políticas y programas públicos de promoción de las Pymes, mediante indicadores de impacto y proponer los correctivos necesarios”*. Es una atribución que no contiene la claridad necesaria, pero al menos es indiciaria de la preocupación por corregir aquellas políticas y programas que han sido detectados.

40.- México. La regulación mexicana esta contenida en la “*Ley Para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa*”¹⁶⁹ del 30 de diciembre de 2002.

40.1 Objeto. Señala esta ley en su artículo 1º que “*La presente ley tiene por objeto promover el desarrollo económico nacional a través del fomento a la creación de micro, pequeñas y medianas empresas y el apoyo para su viabilidad, productividad, competitividad y sustentabilidad. Asimismo incrementar su participación en los mercados, en un marco de crecientes encadenamientos productivos que generen mayor valor agregado nacional. Lo anterior, con la finalidad de fomentar el empleo y el bienestar social y económico de todos los participantes en la micro, pequeña y mediana empresa*”.

Este objetivo, como otros ya analizados a lo largo de este capítulo, sólo tienen en cuenta el factor económico que promueve una legislación especial para las EMT y olvidan que también debe ser un objetivo de esta clase de reglamentaciones la necesidad de corregir aquellas regulaciones que son las que impiden que se logren los objetivos económicos perseguidos.

40.2 Concepto. Esta ley define en su artículo 3º III “*MIPYMES: Micro, pequeñas y medianas empresas, legalmente constituidas, con base en la estratificación establecida por la Secretaría, de común acuerdo con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y publicada en el Diario Oficial de la Federación, partiendo de la siguiente:*

Estratificación por Número de Trabajadores			
Sector/Tamaño	Industria	Comercio	Servicios
Micro	0-10	0-10	0-10
Pequeña	11-50	11-30	11-50

¹⁶⁹ Disponible en: < <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/247.doc> > [Consultada: 25 de Agosto de 2008].

Mediana	51-250	31-100	51-100
---------	--------	--------	--------

Se incluyen productores agrícolas, ganaderos, forestales, pescadores, acuicultores, mineros, artesanos y de bienes culturales, así como prestadores de servicios turísticos y culturales”. Esta norma define a la empresa e razón del número de trabajadores pero lo novedoso es que los matices están dados por el sector al que pertenecen dichas empresas.

40. 3 Institucionalidad. Se consagra en el artículo 2º de esta ley *“La autoridad encargada de la aplicación de esta Ley es la Secretaría de Economía quien, en el ámbito de su competencia, celebrará convenios para establecer los procedimientos de coordinación en materia de apoyo a la micro, pequeña y mediana empresa, entre las Autoridades Federales, Estatales, del Distrito Federal y Municipales, para propiciar la planeación del desarrollo integral de cada Entidad Federativa, del Distrito Federal y de los Municipios, en congruencia con la planeación nacional.*

La Secretaría de Economía en el ámbito de su competencia, podrá convenir con particulares para concertar las acciones necesarias para la coordinación en materia de apoyos a la micro, pequeña y mediana empresa”. Además de lo anterior, la legislación mexicana cuenta con un “Consejo Nacional para la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa”; el que esta integrado y desempeña funciones similares a los consejo ya estudiados.

40.4 Simplificación de Trámites. No hay normas que explícitamente se refieran a este aspecto en esta ley. Tal vez el mismo artículo comentado en el punto anterior sirva de nexo implícito a este asunto cuando insta a “propiciar planeación del desarrollo integral (...) con los municipios”.

Sin embargo y como detallaremos en la próxima sección, México es “el ejemplo” latinoamericano en materia de unidades o agencias de mejora regulatoria.

Agencias de Mejora Regulatoria

41.- Agencias de Mejora Regulatoria. En un escenario donde el comercio internacional es prioritario para la mayoría los países, particularmente el nuestro que exhibe una de las economías más abiertas del mundo, la implementación de regulaciones adecuadas, esto es, que generen un menor costo de cumplimiento para las EMT son un factor clave para poder competir.

Esas adecuaciones regulatorias tienen lugar en el contexto interno, que es precisamente donde nacen aquellas normativas. Es por ello que se hace necesario poner atención en que aquellos procesos regulatorios no avancen descoordinados del resto de los impulsos legislativos de un país.

Diversos estudios y experiencias recogidas desde el observatorio de la OECD “indican que una reforma regulatoria bien planeada y debidamente acompañada por una política de competencia en los mercados puede elevar la productividad, reducir los precios e incrementar la variedad de bienes y servicios a disposición de los consumidores”¹⁷⁰.

Es por estas razones que muchas economías, especialmente aquellas en vías de desarrollo, han acogido la implementación de medidas de mejora regulatoria, esto es, regulaciones que consideran los beneficios, pero también los costos de adoptar una determinada regulación.

En nuestro país, existe una creciente necesidad de generar leyes que tomen en cuenta aquellas variables, especialmente respecto de aquellas que se le aplican a las EMT, es por ello que a continuación revisaremos ejemplos concretos de unidades encargadas de hacer aquella valoración.

¹⁷⁰ MINISTERIO DE ECONOMÍA, 2007, Informe de Evidencia Internacional Sobre Mejora Regulatoria, Documento de Trabajo elaborado por Gerardo Puelles Tamsec”. 91 Páginas.

42.- México. En 1989 se creó la Unidad de Desregulación Económica (UDE), destinada a reducir la pesada carga regulatoria sobre las pequeñas empresas. “Entre 1989 y 2000, la UDE ayudó a dismantelar controles de precios, y a revocar barreras sectoriales a la entrada. A mediados de los 90’s promovió La Ley De Competencia Federal (1992), junto con la agencia en cargada de hacerla cumplir, además de varias enmiendas legales. Asimismo, la UDE promovió que cualquier nueva regulación propuesta por una agencia federal fuera acompañada por una manifestación de impacto regulatorio pública (MIR), abriendo el proceso de propuestas de anteproyecto de ley y permitiendo el feedback escrito público”.¹⁷¹

Esta unidad comenzó a ser objeto de fuertes críticas y en una oportunidad la misma OECD le sugirió encaminar sus acciones hacia a su fortalecimiento.

Por todas estas razones, en el año 2000, se aprobó la Ley Federal de Procedimientos Administrativos (LFPA)¹⁷², con el fin de profundizar la mejoras regulatorias. Esta ley transformó a la UDE en la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER).

La reforma regulatoria ha sido un elemento central de la estrategia de México, al transitar hacia una economía fuerte y abierta. Las reformas estructurales mexicanas requirieron dismantelar una economía domestica sobre-regulada y protegida, en la cual las industrias y los servicios estaban casi cerrados a la competencia internacional.

Un fuerte compromiso a la política regulatoria al más alto nivel político fue esencial para introducir un programa regulatorio que enfrentó resistencia de intereses en la administración federal mexicana .El apoyo del mundo empresarial, el cual estaba preocupado por los altos costos impuestos por una economía sobre-regulada ayudó a afianzar las reformas. Al promover mecanismo más transparentes dentro del proceso de toma de decisiones y establecer una política regulatoria coherente e institucionalizada, el gobierno mexicano fue capaz de reducir el espacio para la

¹⁷¹ Ibídem, página 5.

¹⁷² Disponible en: <<http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/lfpa2000.htm>> [Consultada: 25 de Agosto de 2008]

discreción en los procesos de tomas de decisiones sobre regulación, lo que de otra forma, podría haber llevado a errores de política y socavado la efectividad de las reformas.¹⁷³

La COFEMER como lo expresa el artículo 69-E de la ley LFPA del año 2000, es un “órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (actualmente economía), que promoverá la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones y que éstas generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad”.¹⁷⁴

Además de lo anterior, la COFEMER cuenta con un Consejo Asesor para la Mejora Regulatoria Federal, el que se integra por representantes de los distintos sectores productivos del país. Entre las atribuciones más destacadas este Consejo se puede mencionar el ser enlace entre los sectores público, social y privado para recabar las opiniones de dichos sectores en materia de mejora regulatoria.

La COFEMER estructura un proceso de mejora regulatoria en que los actos de autoridad de los tres órdenes de gobierno estén fundamentados en la transparencia, un análisis cuidadoso, la consulta pública y la rendición de cuentas, a fin de proteger la vida, la salud, el medio ambiente y los intereses de los consumidores al menor costo posible para los particulares, de modo que impulse la innovación de la gestión gubernamental, así como la competitividad y el crecimiento económico del país¹⁷⁵.

Entre las funciones que implican un despliegue específico de la COFEMER se puede mencionar el revisar el marco regulatorio nacional, diagnosticar su aplicación y elaborar para su propuesta al Titular del Ejecutivo Federal, proyectos de disposiciones legislativas y administrativas y programas para mejorar la regulación en actividades o sectores económicos específicos; dictaminar los anteproyectos a que se refiere el

¹⁷³ MINISTERIO DE ECONOMÍA, 2007, Informe de Evidencia Internacional Sobre Mejora Regulatoria, Documento de Trabajo elaborado por Gerardo Puelles Tamsec. Página 6.

¹⁷⁴ Disponible en:

<http://www.cofemer.gob.mx/index.asp?tipo_nav_bar=2&contenido=2&content_id=16&menu_id=1&submenu_id=1> [Consultada: 25 de Agosto de 2008].

¹⁷⁵ *Ibíd.*

artículo 69-H y las manifestaciones de impacto regulatorio correspondientes; llevar el Registro Federal de Trámites y Servicios; opinar sobre los programas de mejora regulatoria de las dependencias y los organismos descentralizados de la administración pública federal; brindar asesoría técnica en materia de mejora regulatoria a las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, así como a los estados y municipios que lo soliciten, y celebrar convenios para tal efecto; etc.¹⁷⁶

43.- Estados Unidos. La Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (Office of Information and Regulatory Affairs, OIRA) es un organismo federal que fue establecido por el congreso en la Ley de reducción de trámites (o de papeleo) de 1980¹⁷⁷. Es parte de la Oficina de Administración y Presupuesto (Office of Management and Budget, OMB), la cual es una agencia dentro de la oficina ejecutiva del presidente. Además de revisar información, la OIRA revisa los anteproyectos y desarrolla y supervisa la implementación de políticas a nivel de gobierno en las áreas de tecnologías de la información, política de información, privacidad, y política estadística.

La OIRA supervisa además la implementación en las agencias de la ley de calidad de la información¹⁷⁸. y que dichas agencias publiquen anualmente informes sobre los costos y beneficios de la regulación federal según lo establece la ley¹⁷⁹.

La orden ejecutiva 12.866 es la que describe el rol de la OIRA en el proceso de creación de regulación. En ella, el presidente, dirige las agencias, en el grado permitido por la ley, para seguir ciertos principios en la elaboración de regulación. Estos principios incluyen la consideración de alternativas al generar regulación y de un análisis de los efectos de la regla en la sociedad, tanto de sus beneficios como de sus costos.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Paperwork Reduction Act 1980 < <http://www.archives.gov/federal-register/laws/paperwork-reduction/>> [Consultado: 25 de Agosto de 2008].

¹⁷⁸ Information Quality Law <http://www.treas.gov/offices/cio/information-management/infoqual.shtml>

¹⁷⁹ Regulatory right-to-know act. promote the public right-to-know about the costs and benefits of Federal regulatory programs and rules.

La OIRA revisa los anteproyectos regulatorios “significativos” que son presentados por las agencias federales u otras agencias regulatorias independientes, antes de su publicación en el registro federal, para asegurar el cumplimiento con esta orden ejecutiva. Además, sirve para asegurar una adecuada revisión entre agencias de anteproyectos regulatorios, de modo de que las agencias coordinen sus regulaciones con otras agencias para evitar políticas inconsistentes, incompatibles o duplicativas.

En algunos casos, cuando la Oficina de Administración y Presupuesto (OMB) cree que la regulación de la agencia no es consistente con los principios planteados en la orden 12.866¹⁸⁰, la OIRA “retorna” la regulación a la agencia para que le realice consideraciones adicionales. “Retornar” un anteproyecto de regulación significa que la OIRA ha concluido que el anteproyecto es inconsistente con los principios de la orden 12.866 y que se requiere un esfuerzo adicional de la agencia que lo envía, a fin de poder publicarla.

Al final del periodo de revisión, la OIRA puede concluir que la regulación es consistente con los principios de la orden ejecutiva (lo cual ocurre en la gran mayoría de los casos) o lo retorna a la a agencia para que se realicen consideraciones adicionales. Si un anteproyecto regulatorio que se determinó como consistente con la orden ejecutiva había sido modificado durante el curso de la revisión, la regulación es codificada en la base de datos de OIRA como “consistente con el cambio”¹⁸¹ (sin importar la fuente o la dimensión del cambio) .Si ningún cambio se ha realizado al anteproyecto regulatorio se codifica como “consistente sin cambios”.

44.- Australia. La Comisión de Productividad (Productivity Commission), es el ente asesor y revisor de los temas de política y regulación económica del gobierno australiano. Fue establecida en Abril de 1998 bajo la ley Productivity Commission Act. El trabajo de la comisión cubre todos los sectores de la economía y su función esencial es conducir investigaciones públicas (public inquiries) sobre políticas claves o temas

¹⁸⁰ Si bien, el proceso general que la OIRA utiliza para revisar los anteproyectos regulatorios es descrito en la orden ejecutiva o otras publicaciones de la OIRA, los detalles específicos acerca de como la OIRA conduce sus revisiones no son bien entendidos.

¹⁸¹ “consistent with change” en el esquema.

regulatorios que se relacionan con el desempeño económico de Australia y el bienestar de la comunidad.¹⁸²

Al interior de esta comisión se encuentra la Oficina de Mejores Prácticas Regulatorias (Office of Best Practice Regulations, OBPR); comparte su independencia legal, cumple la función de análisis y revisión de la regulación que es impulsada por las agencias de gobierno. El rol de la OBPR es promover el objetivo de contar con regulaciones y legislación que sea a la vez eficiente y eficaz.

La OBPR asiste a los departamentos y las agencias a cumplir los requerimientos de análisis de impacto regulatorio del gobierno, así como a monitorear e informar sobre sus desempeños.

Las principales atribuciones legales de la Comisión de Productividad son realizar investigaciones públicas y entregar informes sobre temas relacionados a las industrias y la productividad, proveer servicios de secretarías y servicios de investigación a entes del gobierno tales como el consejo de gobiernos australianos (The Council of Australian Governments), investigar y entregar informes sobre quejas acerca de la implementación de acuerdos de neutralidad competitiva por parte del gobierno australiano, y promover el entendimiento público de las materias relacionadas a la industria y la productividad, entre otras.¹⁸³

Otras de las principales funciones de la OBPR son, asesorar al gobierno, los departamentos y las agencias sobre mecanismos de control de calidad para el desarrollo de propuestas regulatorias y para la revisión de las regulaciones existentes, examinar los informes de impacto regulatorio¹⁸⁴ y aconsejar si ellos cumplen los requerimientos del gobierno y proveer un nivel adecuado de análisis, que incluye un análisis de riesgo y costo beneficio de calidad apropiada, asesorar a los departamentos y las agencias sobre los requerimientos del gobierno para la evaluación de costos de

¹⁸² Disponible en: <<http://www.pc.gov.au/commission/role.html>> [Consultada: 25 de Agosto de 2008].

¹⁸³ MINISTERIO DE ECONOMÍA, 2007, Informe de Evidencia Internacional Sobre Mejora Regulatoria, Documento de Trabajo elaborado por Gerardo Puelles Tamsec". Página 56.

¹⁸⁴ A través de la emisión de los "Regulation Impact Statements".

cumplimiento, y mantener la “calculadora de costos de empresa”¹⁸⁵ como una herramienta de los costos de la regulación, administrar los mecanismos regulatorios, que incluyan los planes regulatorios anuales y los indicadores de desempeño, proveer entrenamiento y orientación a los funcionarios para asistirlos en el cumplimiento de los requisitos para justificar las propuestas regulatorias, proveer asistencia técnica a los funcionarios sobre análisis costo-beneficio y procesos de consultaría, entre muchísimas otras.

¹⁸⁵ Business Cost Calculator

BIBLIOGRAFÍA

- **Textos Legales Nacionales**

1. Constitución Política de la República de Chile de 1980.
2. Ley N° 19.496, que reemplazo a la N° 18.223, sobre la Protección al Consumidor.
3. D.F.L. N° 1 de 2004, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, sobre Libre Competencia.
4. DL N° 824 sobre Impuesto a la Renta.
5. Ley de Cooperativas N° 19.832
6. Ley de Competencia Desleal N° 20.169
7. Ley de Quiebras
8. Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.880
9. Ley de Seguro Social contra Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, N° 16.744.
10. Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada N° 19.857
11. Ley Sobre Contratos Administrativos y Compras del Sector Público N° 19.886.
12. Ley de Sociedades de Garantía Recíproca N° 20.179.
13. Ley que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 19.911.
14. Ley que Establece la Reforma Previsional N° 20.255.
15. Ley que Establece Normas para Facilitar la Creación de Microempresas Familiares N° 19.749.
16. Ley que Modifica la Ley N° 18.010, Sobre Operaciones de Crédito de Dinero Estableciendo Normas Sobre Aplicación de Intereses Cuando Opera una Cláusula de Aceleración y Establece Normas de Protección de los Deudores en los Procesos de Repactación N° 19.951.
17. Ley que Regula la Transferencia y Otorga Mérito Ejecutivo a la Copia de la Factura N° 19.983.
18. Código de Comercio

19. Código del Trabajo
20. Código Sanitario
21. Código Tributario

- **Textos Legales Internacionales**

1. Argentina. Ley Nº 20.467 del 23 de marzo de 1995, que Establece el Régimen para las Pequeñas y Medianas Empresas.
2. Colombia. Ley Nº 590 sobre Promoción del Desarrollo de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa Colombiana.
3. Costa Rica. La ley Nº 8.262 del 2 de mayo de 2002 de Fortalecimiento de la Pequeña y Mediana Empresa.
4. México. Ley Para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa.
5. Perú. Ley Nº 28.015 de Promoción y Formalización de la Micro y pequeña Empresa del 3 de julio del 2003.

- **Doctrina Jurídica**

1. BIANCHI, Alberto. La Regulación Económica. Editorial Ábaco, 2001, Buenos Aires.
2. CARVALLO HERERRA, Sergio. Manual de Legislación Económica, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Abril, 1983.
3. CEA EGAÑA, JOSE LUIS. Tratado de la Constitución de 1980, Editorial Jurídica, Santiago, 1988
4. FERMANDOIS V., Arturo. Derecho Constitucional Económico. Tomo I Segunda edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, marzo de 2006.
5. MANKIW, Gregory. Principios de Economía. 1ª Edición, Mc Graw-Hill/Interamericana de España, Madrid, España. 1998.

6. ORLANSKI, Leonardo. Competencia y Regulación, Editorial Ad-Doc, P, 1ª Edición, Buenos Aires, Diciembre de 2006.
7. PFEFFER U., Emilio. Manual de Derecho Constitucional, 1ª Edición, Editorial Conosur Ltda. Tomo1, Santiago, Chile, Abril 1990.
8. PFEFFER U., Emilio. Reformas Constitucionales 2005: Antecedentes, Debates e Informes. 1ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. Diciembre de 2005.
9. PLOTT W., Gustavo. Manual de Operaciones y Servicios Bancarios. 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. Julio 2005.
10. PAREDES, Ricardo. Privatización y Regulación: Lecciones de la Experiencia Chilena. En: Después de la Privatizaciones Hacia el Estado Regulador. 2ª Edición. Santiago CIEPLAN. 1996.
11. PUELMA A., Álvaro. Curso de Derecho de Quiebras. 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. Noviembre 1983.
12. RAMOS P., René. De Las Obligaciones. 1ª Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Octubre 2004.
13. SEPÚLVEDA L., César. Derecho Económico II: Nociones de Política Económicas Previas al Estudio Jurídico. Santiago: Universidad Católica de Chile, 1995.
14. SQUELLA N., Agustín. Introducción al Derecho, 1ª Edición, Santiago, Chile. Abril 2007.
15. VALDÉS PRIETO, Domingo. La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico: Especialmente en la Legislación Antimonopólica. Santiago: Jurídica Cono Sur, 1992.
16. VALDEZ PRIETO, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. 1ª Edición. Santiago, Chile. 2006.
17. VALENZUELA, Mª Elena "Et al". De la Casa a la Formalidad: Experiencias de la Ley de Microempresas Familiares en Chile, 1ª Edición, CEM y OIT. Santiago. Chile. 2006
18. VERDUGO M., Mario "Et al". Derecho Constitucional, 1ª Edición, Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. Julio de 1994.

19. YAÑEZ G., Wilfredo. Régimen Jurídico de las Operaciones de Crédito de Dinero. 2ª Edición. Editorial Metropolitana. Santiago Chile. Noviembre de 2006.
20. ZAVALA O., José Luis. Derecho Económico. 2ª Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. Marzo 2004.

- **Estudios y Documentos Impresos y Electrónicos**

1. Bravo, David y otros, Desarrollo se Escribe con PYME: El Caso Chileno. Fundes 2002.
2. Bravo, David y otros, La PYME en Cifras: Informe de caracterización regional y provincial de la PyME. Fundes 2002.
3. Crespi, Gustavo, PyME en Chile Nace, Crece y... Muere: Análisis del desarrollo de las PyME en los últimos años, FUNDES. Año 2003.
4. Doing Business 2008: Estudio del Banco Mundial
5. Las PYME ¿Quiénes son? ¿Cómo son? ¿Qué hacer con ellas?: Estudio Departamento de Economía y Centro de Economía Aplicada (CEA) del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile.
6. Lima, José Luís y otros, Encuesta Longitudinal a PyME, Estudio CEPYME, Abril de 2006.
7. Manual Sobre Procedimiento Administrativo. Gobierno de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2003
8. Marco Regulatorio de la Pequeña y Mediana Empresa, Publicación Oficina Internacional del Trabajo (O.I.T.) y Confederación de la Producción y del Comercio (CPC). Enero 2004.
9. Models To Reduce The Disproportionate Regulatory Burden On Smes: Publicación De European Comission. Mayo 2007.
10. Mori, Virginia y otros, Buenas Prácticas de las PyME Exportadoras Exitosas PYMEX: El Caso Chileno, FUNDES. Año 2004.
11. Situación de la Micro y Pequeña Empresa en Chile: Estudio encargado por el Comité de Fomento de la MIPE, presidido por el Ministerio de

Economía e integrado por SUBDERE, CORFO, FOSIS, INDAP, SERCOTEC, SENCE, BancoEstado y ProChile. Año: 2003. Fuente: Comité de Fomento de la Micro y Pequeña Empresa.

- **Páginas Web**

1. www.doingbussiness.org
2. www.fundes.org
3. www.eclac.cl
4. www.oecd.org
5. www.ilo.org
6. <http://www.economia.cl>
7. <http://www.paraemprender.cl>
8. <http://www.estatutomipyme.cl>
9. <http://www.sii.cl>
10. <http://www.dt.gob.cl>
11. <http://www.tramitemunicipal.cl>
12. <http://www.tramitefacil.gov.cl>
13. <http://www.munitel.cl>

- **Gremios:**

1. <http://www.conapyme.cl/pagina.php> Confederación Nacional PYME
2. <http://www.conupia.cl/www/html/home.html> Confederación Nacional Unida de la Pequeña y Mediana Empresa.(Conupia)
3. <http://www.ccs.cl/ccs/> Cámara Comercio de Santiago (CCS)
4. <http://www.sofofa.cl/sofofa/index.aspx?channel=3218> Sociedad de Fomento Fabril.

- **Centros de Estudio**

1. Libertad y Desarrollo www.lyd.cl
2. Expansiva www.expansiva.cl
3. CIPYME www.cipyme.cl
4. Chile 21 www.chile21.cl