

Política de Competencia en el Tratado de Libre Comercio entre Chile, EE.UU. y el NAFTA

José Manuel Astudillo S.*

RESUMEN: La presente monografía analiza las disposiciones contenidas en el capítulo 16 sobre Política de Competencia del Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado entre Chile y Estados Unidos de América. Adicionalmente se hace referencia a los sistemas de defensa a la libre competencia de cada una de las partes signatarias del Tratado. Por lo tanto este trabajo contiene un estudio de la forma en que los Estados Unidos de América y Chile garantizan el cumplimiento de una Política de Competencia común.

Palabras claves: libre competencia, tratado de libre comercio.

ABSTRACT: *This monograph analyzes the clauses contained in Chapter 16, "Competition Policy", in the Free Trade Agreement (FTA) negotiated between Chile and The United States of America. In addition this study discusses the defense systems for free competition in each signatory parts to this Treaty. Therefore this work contains a study of the way that the United States of America and Chile guarantee the enforcement of a common Competition Policy.*

Key words: *free competition, free trade agreement*

SUMARIO: Introducción. Desarrollo. 1. Consideraciones preliminares relativas a la Política de Competencia. 2. Prácticas de negocios anticompetitivos. 3. Cooperación, Transparencia y solicitudes de información. 4. Monopolios Designados. 5. Empresas del Estado. 6. Diferencias de Precios. 7. Consultas y Controversias. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado entre Chile y Estados Unidos (EEUU) el día 6 de Junio de 2003 contiene una serie de capítulos, entre los cuales destaca su capítulo 16 relativo a la "Política de Competencia, monopolios designados y empresas del Estado". Este capítulo se caracteriza por ser de un marcado carácter declarativo, es decir, las obligaciones que contraen las partes distan de significar un gran sacrificio para ambas,

* Profesor de Derecho Económico de la Universidad Central de Chile.

centrándose más bien en la cooperación entre los contratantes y en el reconocimiento de ciertos mínimos exigibles a cada ordenamiento jurídico en materia de competencia.

De esta forma, en el capítulo 16, las partes coinciden en señalar normas relacionadas con las prácticas de negocios anticompetitivos y la cooperación en materia de competencia. Apartado especial merecen además los temas relativos a los Monopolios Designados y las Empresas del Estado, así como también las diferencias de precios que pudiesen establecerse y la transparencia que debe existir en las políticas de competencia de cada uno de los Estados contratantes.

El objetivo que persigue esta monografía, consiste fundamentalmente en efectuar un análisis de las disposiciones del Capítulo 16 del TLC, sobre Política de Competencia, para lo cual es necesario reconocer los sistemas de defensa a la libre competencia tanto en Chile como en EEUU y el marco jurídico sobre el cual se aplican dichos sistemas, con especial consideración de las diferencias que se producen a partir de la pertenencia de un sistema a la tradición jurídica anglosajona y del otro a la románico continental. Además, se debe enmarcar las disposiciones de este tratado en el proceso de apertura de la economía chilena a otros mercados, situación que requiere la revisión de las disposiciones del TLC a la luz de los otros tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el último tiempo, con el fin de develar que grado de innovación introduce el TLC en materia de competencia.

En consecuencia, se debe determinar, a la luz de las disposiciones del TLC y de los respectivos sistemas de defensa a la libre competencia, de que forma los EEUU y Chile garantizan el cumplimiento de una política de competencia común plasmada en el TLC y que es reflejo de un proceso de liberalización del comercio por parte de ambas naciones.

Una hipótesis de trabajo nos indicaría que la existencia de una notable diferencia en el desarrollo de los sistemas de defensa a la libre competencia entre ambos Estados, ha redundado en el hecho de que las disposiciones del TLC contengan principalmente normas que establecen instancias de cooperación, así como también, principios básicos que deben reglar toda Política de Competencia en una economía de mercado. De ello se desprende que el grado de innovación que pueda presentar el TLC en la legislación chilena (en materia de competencia) es de limitada relevancia y sólo tendrá por fin el garantizar la existencia de reglas e instituciones básicas en la defensa a la libre competencia, que aseguren un mercado de competencia leal, necesario para asegurar un próspero desarrollo de los procesos de liberalización del comercio internacional.

Por Política de Competencia se debe entender el conjunto de directrices que elaboran los Estados en orden a regular la competencia económica tanto en el ámbito interno como en la esfera internacional. Este concepto amplio de lo que representa la Política de Competencia, no lo circunscribe tan sólo al establecimiento de las figuras o prácticas que atentan contra la libre competencia, sino que lo centra en el bien jurídico reconocido por el Derecho de la Competencia.

La presente monografía entrega una breve introducción al estudio de la competencia, asistidos por la ciencia económica. El estudio de las disposiciones del TLC se hace desde una perspectiva jurídica, sin perjuicio de la utilización interdisciplinaria cuando el estudio así lo amerita. De esta forma, el presente trabajo se estructura metodológicamente en el análisis de cada una de las disposiciones del capítulo 16 del TLC, con el propósito de cumplir el objeto planteado.

La presente monografía tiene sólo carácter inductor al estudio de uno de los aspectos significativos del TLC, y por tanto, debería dar paso a un estudio posterior sobre

las distintas posiciones doctrinarias y de aplicación del tratado, respecto a los diversos contenidos del Capítulo 16.

Desarrollo

1. Consideraciones preliminares relativas a la Política de Competencia

El Capítulo 16 señala en su epígrafe que versará sobre la “Política de Competencia, los monopolios designados y las empresas del Estado”. Ello nos permite reconocer que tanto los monopolios designados como las empresas del Estado en el ámbito comercial son temas y situaciones abarcados por la amplitud del primer concepto que nos entrega el mencionado epígrafe. Para entender de mejor manera la magnitud del concepto de Política de Competencia se hace necesario realizar un acercamiento al concepto de “Competencia” acuñado por la doctrina.

El profesor Jorge Witker señala que la Competencia Económica es la “rivalidad consistente en actos jurídicos entre dos o más sujetos con relación a una misma clientela, que buscan un beneficio económico producto de una actividad comercial similar, aunque existen casos en que se presenta entre sujetos con actividades comerciales distintas”¹. En la tradición jurídica anglosajona la definición de competencia no difiere mucho de la antes señalada, se define así la competencia por algunos académicos como “la existencia de un proceso de rivalidad entre empresas que, en búsqueda de un interés propio, procuran ganar la clientela en un mercado”². De la comparación de ambos conceptos se desprende que ambas se fundan en la existencia de una rivalidad entre agentes económicos y que dicha competencia para efectos de regulación de la libre competencia se da entre sujetos económicos que ostentan la calidad de oferentes en el mercado (siendo la definición del Profesor Witker más amplia al no circunscribirlo necesariamente a la existencia de una “empresa”). Además ambas reconocen, una en el beneficio económico y la otra en el interés personal, el ánimo de lucro propio de la generalidad de las actividades mercantiles, para finalmente coincidir en que se trata de una relación entre oferentes v/s demandantes (clientela).

En la doctrina económica se distinguen principalmente dos situaciones de competencia diametralmente opuestas: Competencia Perfecta y Competencia Imperfecta.. La Competencia Perfecta se da en “una industria donde hay tantas empresas que las decisiones individuales de cualquiera de ellas no pueden influir sobre el precio del mercado, y donde hay tantos consumidores que las decisiones individuales de maximización de la utilidad de cualquier consumidor tampoco pueden afectar el precio de mercado”³. La competencia perfecta reconoce requisitos que la ciencia económica ha identificado para la existencia de este tipo de competencia, a saber: “1º) (...) Adecuado número de compradores y vendedores en el mercado, de manera que la cantidad de bienes y servicio ofertados o demandados por cada uno de ellos no sea significativa con respecto al

¹ Jorge Witker, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, Ed. Porrúa, México, 2003, p.4.

² Maher M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, p.18.

³ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, Ed. FCE, 1998, p.47.

total transado y de esta manera el comportamiento individual no tenga una influencia directa sobre los precios de mercado (...), 2º) Homogeneidad del producto transado (...), 3º) Simetría de la información(...) requisito que asegura la posibilidad de predecir correctamente el precio de equilibrio del mercado, 4º) Libre entrada y salida de empresas (...)"⁴. La máxima manifestación de la competencia imperfecta es el monopolio, conceptualizado como "aquel mercado en el que existe un solo oferente que tiene plena capacidad para determinar el precio"⁵. Se identifican dos tipos de fuentes que permiten el surgimiento y el mantenimiento de los monopolios impidiendo la aparición de empresas competidoras. Entre estas fuentes encontramos en primer lugar las restricciones estatutarias o legales y en segundo lugar, condiciones tecnológicas de la producción conocidas como economías de escala⁶. Se agrega a esto último ciertas condiciones que pueden predisponer a un mercado a la fijación monopólica de los precios como por ejemplo la falta de elasticidad en la demanda⁷. Entre el mercado de competencia perfecta y los monopolios se identifican otras estructuras como los oligopolios y los mercados que presentan otras manifestaciones de competencia imperfecta. "Un mercado Oligopólico es aquel que contiene pocas empresas que reconocen que sus decisiones individuales de maximización del beneficio son interdependientes. (...) Un mercado imperfectamente competitivo es aquel que tiene la mayoría de las características de un mercado perfectamente competitivo (...), pero que tiene un importante elemento monopólico: las empresas producen bienes diferenciados en lugar del bien homogéneo producido por las empresas perfectamente competitivas"⁸.

La Libre Competencia, se ha definido desde una perspectiva económica como "la situación de un mercado en la que dos o más agentes económicos ofrecen bienes o servicios similares intentando atraerse a los consumidores"⁹, es decir, "la libertad de los sujetos económicos para establecer una oposición o rivalidad con otros que tienen una aspiración común con él"¹⁰. En consonancia con lo anterior desde un punto de vista jurídico la libre competencia sería entonces "el derecho de los agentes económicos, de conformidad a los principios y normas del orden público económico, para participar en mercados de bienes y servicios que presenten condiciones de plena y real existencia de una competencia económica, exenta de cualquier arbitrio que tienda a impedirla, eliminarla, restringirla o entorpecerla, y que aseguren el interés público de mantenimiento de una economía eficiente"¹¹.

La Política de Competencia se manifiesta a través de normas jurídicas, que en su conjunto conforman el denominado Derecho de la Competencia, o sea, aquella "rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público"¹². En el derecho anglosajón similar idea está dada

⁴ Manuel Astudillo, *Curso de Derecho Económico: Legislación Económica*, Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 1999, p.81.

⁵ Alonso y Mochón, *Economía Básica: Chile, una realidad*", Ed. McGraw Hill, Santiago de Chile, 1994.

⁶ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, 1998, p.48.

⁷ Richard A. Posner, *El Análisis Económico del Derecho*, Ed. FCE, 1998, p.274.

⁸ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, Ed. FCE, 1998, p.52.

⁹ Jorge Witker, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, Ed. Porrúa, México, 2003, p.4.

¹⁰ Manuel Astudillo, *Curso de Derecho Económico: Legislación Económica*, Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 1999, p.80.

¹¹ Manuel Astudillo, *Op. cit.*, p.84.

¹² Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.21.

por las “antitrust laws”¹³. A pesar de las diferencias de denominación en ambas tradiciones jurídicas los fines perseguidos por las normas de defensa de la libre competencia parecen ser similares:

1. Se busca proteger el proceso productivo.
2. Concretizar el derecho a desarrollar una actividad económica.
3. Permitir la eficiencia económica.
4. Velar por el bienestar de los consumidores.

Finalmente al ser el derecho de la competencia un derecho que persigue proteger la competencia y no promoverla, manifestándose generalmente a través de normas negativas y prohibitivas es lógico suponer que su objeto sea la regulación de prácticas anticompetitivas, entendiéndose por tales “aquellas conductas mercantiles ilícitas realizadas por empresas privadas o públicas, locales o globales, que distorsionan los mercados nacionales o externos a través de precios depredatorios, discriminados o subsidiados, dañando a competidores (...), consumidores y el interés público”¹⁴. Son estas prácticas anticompetitivas las que pasaremos a estudiar a continuación.

2.Prácticas de negocios anticompetitivos

El artículo 16.1 del TLC se refiere a las prácticas de negocios anticompetitivas. En el apartado anterior señalamos que las prácticas anticompetitivas consistían fundamentalmente en hechos de tipo ilícito que realizan las empresas, de forma tal que generan una distorsión en los precios que daña los intereses protegidos por el derecho de la competencia. Cabe preguntarse entonces de que forma se expresan estos hechos ilícitos: “Las conductas anticompetitivas pueden manifestarse de varias maneras, siendo las más significativas para la economía actual las llamadas prácticas restrictivas y las prácticas desleales de comercio internacional”¹⁵ que se concretan en actos anticompetitivos que restringen la competencia y actos anticompetitivos que eliminan la competencia¹⁶.

En cuanto a las prácticas anticompetitivas que restringen la competencia, estas tienen por finalidad directa restringir o eliminar la competencia mediante la manipulación en el mercado de un producto o servicio, las líneas de productos o servicios, o una cadena productiva o incluso una rama industrial¹⁷. Este tipo de conductas se presentan generalmente bajo cuatro formas^{18 19}:

¹³ Maher M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p.46: Las antitrust laws no persiguen directamente incentivar la competencia, sino que más bien prevenir cualquier forma de conductas anticompetitivas en el mercado. Sin embargo esta forma de protección de la competencia en la tradiciones jurídicas anglosajonas a presentado ciertas dificultades debido a un desacuerdo considerable en cuanto a si las antitrust laws deberían preocuparse de la regulación del poder de grandes empresas más que de la remoción de obstáculos a la competencia, o bien si protege a los competidores o el proceso de competencia, y si está más preocupada del interés de los consumidores que el de los productores.

¹⁴ Jorge Witker, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, Ed. Porrúa, México, 2003, p.13.

¹⁵ Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.55.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

1. Abuso de posición dominante o monopolización: En este caso una empresa o empresas que gozan de una posición dominante en el mercado pueden dañar la competencia individual o colectivamente. Contra esto algunos argumentan que es generalmente aceptado que si una empresa gana la “competitive struggle” de forma legítima no debería ser sancionada por su mayor eficiencia, sin embargo no hay razón para creer que esto significa que el poder económico pueda ser empleado por la empresa que goza de la posición dominante para prevenir o restringir la competencia de competidores existentes o potenciales²⁰.
2. Acuerdos Horizontales: La gran mayoría de estos acuerdos son sobre fijación de precios, asignaciones de cuotas o zonas en los mercados u otros aspectos importantes de la interacción competitiva de las empresas. Este tipo de acuerdo generalmente se encuentran absolutamente prohibidos²¹.
3. Acuerdos Verticales: A diferencia de los acuerdos horizontales se señala por la doctrina que este tipo de acuerdos son menos dañinos de la competencia, pero si pueden presentarse como conductas anticompetitivas en economías en transición o en desarrollo²².
4. Fusiones: En algunos casos las empresas buscan fusionarse para de esta forma ser más eficientes, lo cual irá en beneficio de los consumidores al generar una disminución de costos y por ende de precios, pero en otros casos se pueden producir efectos anticompetitivos destinados a reducir la competencia en el mercado y a crear artificialmente o fortalecer una posición dominante que no está basada en una mayor eficiencia económica de la empresa.

En lo referido a las prácticas desleales de comercio internacional estas son principalmente al Dumping (en cualquiera de sus formas) y las subvenciones. Este tipo de medidas requieren de un análisis especial que corresponde al estudio de otros capítulos del TLC por lo que nos abstendremos de abarcarlo.

El numeral primero del artículo 16.1 señala que “*Cada parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas (...)*”²³, cabe por tanto señalar cual es el marco jurídico de defensa a la libre competencia tanto en Chile como en EEUU.

En el caso de Chile el estatuto jurídico que regula la defensa de la libre Competencia es el Decreto Ley N° 211 de 1973 y cuya última modificación fue introducida por la Ley 19.911 de 14 de noviembre de 2003. Si hacemos un poco de reconstrucción histórica podemos encontrar que la primera ley antimonopólica que tuvo Chile fue la Ley N° 13.305 de 1960 que definía el delito de monopolio y establecía una estructura orgánica

¹⁹ Especial mención se hace en los TLC`s Chile-UE, Chile-Corea y Chile EFTA a los acuerdos contrarios a la competencia, a las prácticas concertadas, al comportamiento abusivo resultante de posiciones dominantes y a las fusiones que tengan efectos anticompetitivos importantes

²⁰ Maher M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, p.48.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Similar disposición encontramos en el TLC celebrado entre Chile y México: “*Cada parte adoptará o mantendrá medidas que prohiban prácticas de negocios contrarias a la competencia...*” (artículo 14-02: “*Legislación en materia de competencia*”). Esta disposición se repite prácticamente igual en el artículo 1501 del NAFTA y en el artículo J-01 del TLC entre Chile y Canadá.

denominada Comisión Antimonopolios²⁴. Posteriormente vendría el Decreto Ley N° 211 que rige las materias de competencia hasta el día de hoy. Especial significación cobra la última reforma introducida por la ya mencionada Ley 19.911 que modifica las figuras ilícitas y sus sanciones, suprime y reemplaza los organismos jurisdiccionales encargados de la aplicación de las normas sobre competencia por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica ciertas facultades del Fiscal Nacional Económico.

En su artículo 1° el DL 211 señala que este cuerpo normativo “*tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados*”. Esto trasunta en que el objetivo de la ley sea el de proteger “el derecho a desarrollar actividades económicas, la eficiencia económica y con ello el bienestar general de los consumidores”²⁵. Por otra parte la figura ilícita que actualmente se encuentra en este cuerpo normativo es general y amplia, no estableciendo ya de forma taxativa las practicas anticompetitivas, esto último en razón de la naturaleza de los ilícitos que se buscan sancionar. De esta forma el artículo 3° señala que “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

- a). Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.
- b). La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- c). Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

De lo anterior se desprende que en la primera parte se establece la acción sancionada y en los apartados solamente una ejemplarización de la acción que puede consistir en la colusión en materia de precios y producción, prácticas abusivas y la monopolización predatoria, respectivamente. En cuanto al régimen sancionatorio, la ley faculta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para:

- a) “Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”.
- b) “Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”.
- c) “Aplicar Multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 20.000 UTM. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores,

²⁴ Sergio Carvallo Hederra, *Manual de Legislación Económica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1983, p.165.

²⁵ Discurso del Ministro de Economía de Chile, Don Jorge Rodríguez Grossi, en la inauguración del Día de la Competencia (30 de Octubre de 2003).

administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo”.

En el caso de los Estados Unidos²⁶ no sólo se presenta una legislación mucho más antigua que la chilena, sino que también ésta es por mucho más extensa. Las principales leyes federales que sustentan la legislación antitrust en EEUU son la Sherman Act, Clayton Act, Federal Trade Commission Act, y la Hart-Scott-Rodino Act²⁷. Así como en el caso de la legislación chilena hicimos una breve revisión histórica de su evolución, procederemos a repetir lo mismo en el caso de la legislación de los EEUU. El profesor Witker nos señala que una de las primeras normas que surgen en EEUU para regular la competencia es la Sherman Act que tenía por finalidad proteger la libertad de empresa, libertad que en ese momento estaba siendo amenazada por el poder de los conglomerados empresariales que se habían formado. Especial importancia cobra el hecho de que en su interpretación inicial esta se limitaba sólo a proteger la libertad de comercio, y luego pasaría a enjuiciar también las condiciones de competencia, es decir, a los efectos que una práctica produce sobre la estructura del mercado. De esta forma a la interpretación basada en principios jurídicos se agregan a partir de ese momento ciertos principios económicos. El análisis económico fue ganando terreno en esta materia hasta consolidarse de la mano de la “Escuela de Chicago” en momentos en que la empresa estadounidense perdía competitividad. Esta irrupción del análisis económico del derecho trajo consigo el que se planteara como objetivo fundamental de las normas antitrust el bienestar de los consumidores, bienestar que sólo puede ser alcanzado a través de la eficiencia económica (otros de los fines del derecho de la competencia), y en pos de lograr dicha eficiencia pueden ser sacrificados otros fines de las normas que regulan la libre competencia como por ejemplo la libertad de empresa. Así en la actualidad la doctrina discute en EEUU cuáles son las funciones que tienen las normas antitrust y en que medida pueden sacrificarse unos y otros fines a la hora de llevar a cabo un enjuiciamiento²⁸.

La Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7 (de 1890) surge a consecuencia de la gran concentración del comercio y la industria por parte de conglomerados de empresas. Dicha concentración dañaba profundamente la competencia, lo que redundaba en un daño a los consumidores²⁹. Entre las figuras delictivas que se destacan podemos encontrar en primer lugar la sección primera (§1) que señala que “todo contrato, combinación en forma de trust u otra clase, o conspiración, restrictiva del tráfico o del comercio entre los varios Estados, o con naciones extranjeras, se declara ilegal”³⁰, y la sección segunda que establece que “toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o combine o conspire con

²⁶ No se consideran las normativas estatales en materia de competencia.

²⁷ Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.86.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ “§ 1 Sherman Act, 15 U.S.C. § 1

Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

cualquier otra persona, para monopolizar cualquier parte del tráfico o comercio entre los varios Estados, o con naciones extranjeras, será estimada culpable de un delito”³¹.

Por su parte la Clayton Act de 1914 tiene un contenido más casuístico que la Sherman Act, contenido que redundante de la misma manera en una extensión mucho mayor. “Esta ley declara ilegales: la discriminación de precios, los contratos de exclusivas, la adquisición de acciones entre corporaciones y las direcciones de enlace cuando tales prácticas disminuyan la competencia o tiendan a crear un monopolio”³².

Otra norma de importancia en materia de regulación de la competencia esta dada por The Federal Trade Commission Act, norma que crea la Federal Trade Commission como órgano encargado de responsabilidades específicas en la política antitrust³³, particularmente en la aplicación de las prohibiciones contenidas en la Clayton Act. Las disposiciones más importantes de esta ley van dirigidas a prohibir métodos injustos de comercio y prácticas ilegales y fraudulentas, como ya señalamos crear la Federal Trade Commission, y finalmente otorgar facultades exclusivas a la Comisión para la aplicación de la sección 5 de la misma norma³⁴.

Se incorporan también a la legislación Norteamericana normas como la Ley Hart-Scott-Rodino de mejoramiento de legislación antitrust y que tienen por finalidad establecer un control a priori de las fusiones o adquisiciones en los casos en que se cumplan los límites exigidos por la ley en relación al tamaño de las partes o del negocio. De esta forma se puede investigar y así impedir o modificar los términos establecidos para una fusión que atente contra la libre competencia³⁵.

Luego de señalar que “Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas (...)”, el artículo 16.1 en su número 1 establece a continuación que dichas normas se adoptarán o mantendrán “con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas”. Lo anterior es absolutamente coherente con los fines de la libre competencia que hemos señalado anteriormente y con los objetivos perseguidos por el DL 211 de la legislación chilena. Sin embargo se omite dentro de los fines el derecho a desarrollar actividades económicas, lo cual se debería a que en la legislación norteamericana cobran mayor importancia los principios de eficiencia económica y bienestar general de los consumidores, pasando a ser la libertad de empresa un principio o derecho sacrificable en pos de los otros dos.

El artículo 16.1 en su numeral 2º se divide en 3 partes: Reconocimiento de las autoridades competentes para la aplicación del derecho de la competencia; establecimiento de un principio de trato no discriminatorio a los sujetos; y la consagración de normas de

³¹ § 2 Sherman Act, 15 U.S.C. § 2

Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony

³² Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.88.

³³ Maher M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p.34.

³⁴ Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.89.

³⁵ *Ibid.*

debido proceso legal en materia de competencia. De esta forma se señala al comienzo de este numeral que “*Cada parte mantendrá una autoridad responsable de hacer cumplir sus leyes nacionales de competencia (...)*”. Esta disposición plantea la interrogante: ¿cuáles son estas autoridades tanto en Chile como en EEUU?³⁶.

En el caso chileno podemos reconocer dos autoridades fundamentalmente como las encargadas de ejecutar las leyes relativas a materias de competencia: El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y La Fiscalía Nacional Económica³⁷. Con respecto al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, este es bastante nuevo y viene a remplazar a las desaparecidas Comisiones Resolutiva y Preventiva. En el artículo 7° del DL211 se señala que el Tribunal “*es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia*”. Para cumplir con estos fines es que estará integrado por un Abogado que será Presidente del Tribunal, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes que confecciona la Corte Suprema mediante concurso público dirigido a profesionales y académicos especializados en materias de libre competencia, Derecho Comercial o Derecho Económico y que acrediten diez años de ejercicio profesional. En segundo lugar integrarán también el Tribunal un Abogado y un licenciado en Ciencias económicas o con post grados en Ciencias económicas: Ambos serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes. Finalmente, formarán también parte del Tribunal, también un Abogado y un licenciado en Ciencias económicas o con post grados en Ciencias económicas, pero en este caso a diferencia del anterior ambos serán designados por el Presidente de la República a partir de dos ternas (una para cada designación) confeccionada por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes. Entre las atribuciones del Tribunal relativas a la aplicación del DL 211 podemos distinguir:

1. Función de Conocimiento: “Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”.

Función Consultiva: “Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos”.

³⁶ En los tratados de libre comercio entre Chile-Corea, Chile-UE, y Chile-EFTA se designa expresamente quien es la “autoridad de competencia” de cada parte.

³⁷ En el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Corea llama la atención de que “autoridad de competencia” para Chile signifique la Fiscalía Nacional Económica únicamente (ver artículo 14.1 relativo a las definiciones, del Tratado de Libre Comercio Chile-Corea). En el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, Chile designó como “autoridad de competencia” a la Fiscalía Nacional Económica y a la ya desaparecida Comisión Resolutiva, sin embargo debe aplicarse el artículo segundo de la ley N° 19.911 que señala que “*el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia será el continuador y sucesor de la Comisión Resolutiva...*” para en este caso la aplicación del artículo 173 N° 2 b del Tratado de Libre Comercio con la UE. En el caso del TLC Chile-EFTA se adopta una modalidad peculiar en la cual las partes acuerdan designar a su autoridad competente o a otra entidad pública e informar de su decisión a las demás partes en la primera reunión del Comité Conjunto dentro de los 60 días siguientes a la entrada en vigor del tratado (ver artículo 79 del TLC Chile-EFTA).

2. *Función Instructora*: “Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

3. *Función requiritoria de modificaciones*: “Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”.

4. *Función Correctiva y Sancionatoria*: Entre las sanciones que puede adoptar el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se encuentran:

a) “Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley” (Función Correctiva).

b) “Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley” (Función Correctiva).

c) “Aplicar Multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 20.000 UTM. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo”.

5. *Función de Apremio*: Antes de la reforma introducida por la ley 19.911 la Comisión Resolutiva podía “ordenar” al Fiscal Nacional Económico el ejercicio de la acción penal por incurrir una persona natural o jurídica en los delitos tipificados en el DL 211; en la actualidad sólo le compete al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia “autorizar” al Fiscal Nacional Económico para solicitar a la justicia ordinaria las medidas de apremio en aquellos casos en que alguien entorpezca las investigaciones de la Fiscalía y se haga necesario apremiarla con arresto.

Otra figura importante en materia de competencia en la legislación chilena es la del Fiscal Nacional Económico. Según el artículo 21° del DL 211, la “*Fiscalía nacional económica será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción*”. En términos generales podemos decir que “la investigación de los hechos que pueden constituir un atentado a la libre competencia y la representación del interés general de la colectividad ha sido entregado por el legislador”³⁸ al Fiscal Nacional Económico. Se critica en la doctrina que la independencia que la ley señala “no corresponde a una realidad jurídica, pues se trata de un servicio público descentralizado

³⁸ Manuel Astudillo, *Curso de Derecho Económico: Legislación Económica*, Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 1999, p.97.

(...), sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República, y el Fiscal Nacional Económico es un funcionario de confianza del Primer Mandatario, quien lo designa y remueve libremente”³⁹.

Por su parte en el sistema de regulación de la competencia en los EEUU la función de velar por la aplicación de la legislación antitrust esta radicada en dos organismos: La División Antitrust del Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission. Partiendo por la Antitrust Division, dependiente del Department of Justice, podemos decir que esta “es la principal agencia federal de ejecución de las leyes antitrust (...). Las raíces orgánicas de la División pueden remontarse a la creación de un Ayudante al Ministro de Justicia en marzo de 1903, encargado de tomar todos los pleitos archivados bajos las leyes antitrust y las leyes comerciales interestatales”⁴⁰. Entre las funciones de este organismo se citan:

1. “La ejecución de leyes federales civiles y criminales y otras leyes relativas a la protección de la competencia y la prohibición de restricciones al comercio y la monopolización (...).
2. Intervención o participación ante agencias administrativas que funcionen total o parcialmente, bajo la regulación de estatutos en procedimientos que requieren consideración de las leyes antitrust o políticas competitivas (...).
3. La abogacía de políticas procompetitivas ante otras ramas de gobierno (...)”⁴¹.

En segundo lugar señalamos a la Federal Trade Commission, organismo que se encuentra integrado por cinco miembros designados por el Presidente de los Estados Unidos y ratificados por el Senado. Sus facultades se clasifican en: Facultades para investigar y facultades para impedir el empleo de medios ilegales de restricción de la competencia en el mercado. Dichas funciones emanan tanto de la Federal Trade Commission Act como de la Clayton Act, entre otras⁴². De esta forma sus competencias recaen fundamentalmente sobre:

1. “La regulación de prácticas monopólicas prohibidas por las leyes antitrust
2. La regulación de métodos desleales de competencia y prácticas comerciales desleales o engañosas
3. La gestión de investigaciones sobre empresas
4. La promoción de la autorregulación de las empresas mediante conferencias sobre prácticas comerciales”⁴³.

Después de referirse a los organismos o autoridades responsables de dar aplicación al derecho de la competencia en cada Estado el artículo 16.1 N° 2 señala que **“la política de aplicación de la ley de competencia por parte de las autoridades nacionales de competencia de las Partes, no discriminará sobre la base de la nacionalidad de los sujetos que son objeto de sus procedimientos”**^{44 45}. Cabe cuestionarse en este punto si esta

³⁹ Olga Feliú de Ortúzar, “Los organismos de la defensa de la Competencia”, Actualidad Jurídica, N°5, Enero de 2002, p.201.

⁴⁰ Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.151.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ El Tratado de Libre Comercio entre Chile y la UE entiende por “*actividad de aplicación de la ley...cualquier medida de aplicación de las leyes de competencia mediante investigaciones o procedimientos*”

disposición consagra un “trato no discriminatorio” en los términos del artículo 16.9, es decir, *“el mejor entre el trato nacional y el trato de nación más favorecida, según lo establecido en las disposiciones pertinentes de este tratado”*, o bien hace referencia a la aplicación de un “trato nacional” respecto de los sujetos que son objeto de la aplicación de los procedimientos destinados a la defensa de la libre competencia. En nuestra opinión se refiere a un trato nacional en los términos del artículo III del GATT⁴⁶, esto debido a que el “trato no discriminatorio” fue definido específicamente de esa forma en el artículo 16.9 para efectos del capítulo sobre Política de Competencia de modo que si se hubiese querido dar en el artículo 16.1 N° 2 un “trato no discriminatorio” lo lógico hubiese sido que explícita e inequívocamente así se hubiere señalado como en el caso del artículo 16.3 N° 3 c.

El artículo 16.1 N° 2 finaliza señalando ciertas garantías que cada parte debe dar para que la política de aplicación de la ley de competencia que ejecutan los organismos de defensa de la libre competencia ya revisados, cumpla ciertos requisitos mínimos del debido proceso legal⁴⁷. De esta forma en el artículo 16.1 N° 2 a) se exige que cada parte garantice el que *“antes de imponer una sanción o una medida en contra de cualquier persona por haber violado sus leyes de competencia, permitirá a la persona el derecho a ser escuchada y de presentar evidencia, salvo en caso de imposición de una sanción interina o de un medida provisional, pudiendo otorgar tales derechos dentro de un plazo razonable con posterioridad a su imposición”* y el que *“una corte o un tribunal independiente imponga o, a solicitud de la persona, revise dicha sanción o medida”*.

Podemos señalar entonces que, en primer lugar, se estaría consagrando el principio de bilateralidad de la audiencia⁴⁸ y, en segundo lugar, se estaría estableciendo el principio de doble instancia⁴⁹ ⁵⁰ que constituye una garantía de legalidad y justicia en las resoluciones que pronuncien los organismos encargados de velar por la aplicación del derecho de la competencia, exigiendo a la vez que el tribunal o corte encargado de revisar la resolución cumpla con el principio de independencia.

En lo que se refiere al análisis del artículo 16.1 N° 3, este presenta un grado de complejidad porque su interpretación a primera vista plantea la duda de si estamos frente a un capítulo que establece una mera declaración de intenciones (salvo el establecimiento de espacios de cooperación), o plantea derechos y obligaciones que no pueden ser ignorados por la otra parte mediante la dictación de normas internas que regulan la competencia económica. Este cuestionamiento surge del hecho de que el artículo 16.1 N° 3 señala que *“nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará en el sentido de infringir la autonomía de cada parte en el desarrollo de sus políticas de competencia...”*. Especial hincapié hay que hacer en el uso del término “Política de Competencia” toda vez que una

efectuados por la autoridad de competencia de una parte, que pueda resultar en la imposición de sanciones o medidas correctoras” (artículo 173 N° 3). Idéntica definición encontramos en los TLC’s Chile-EFTA y Chile-Corea.

⁴⁵ Novedosa e interesante resulta la introducción del principio de no discriminación en esta disposición a la luz de un análisis comparativo con los otros TLC’s suscritos por Chile en el último tiempo.

⁴⁶ Concordar el artículo 3.2 y 3.1 del TLC.

⁴⁷ Principio consagrado expresamente en el artículo 72 N° 4 del TLC Chile-EFTA.

⁴⁸ Sergio Rodríguez Garcés, *Derecho Procesal Funcional*, Tomo I, Ediciones Vitacura, Santiago de Chile, 1993, p.93.

⁴⁹ Ver DL 211 artículo 17 L; § Clayton Act 15, U.S.C. § 21; Appeals, 15 U.S.C. § 29: Constituyen ejemplos en las legislaciones chilena y estadounidense en las que se consagra el “principio de doble instancia”.

⁵⁰ UNCTAD, *Model Law on Competition*, United Nations Publications, Nueva York, 2004, p.8.

interpretación amplia del mismo⁵¹ como la señalada en la introducción a este trabajo llevaría a concluir que la autonomía de cada Estado para fijar el desarrollo de sus políticas de competencia le permitiría dictar normas contrarias a las disposiciones de este capítulo (situación que haría del mismo una mera declaración). Otro argumento que permitiría acoger esta postura está relacionado con el artículo 16.6 N° 3 que prescribe el deber de poner a disposición de la otra parte información *“concerniente a las excepciones dispuestas de conformidad con sus leyes de competencia”*. El problema del artículo antes señalado es que no se refiere a que tipo de excepciones hace alusión ¿a las disposiciones del tratado? Sin embargo nosotros consideramos que el artículo 16.1 N° 3 al hacer mención a las políticas de competencia se está refiriendo a las *“leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivos”* y en menor medida si se quiere al mantenimiento de *“una autoridad responsable de hacer cumplir sus leyes nacionales de competencia”*. Lo anterior no sólo se deduce del hecho de que el artículo 16.1 este referido a las prácticas anticompetitivas y a la *“política de aplicación de la ley de competencia”* bajo el epígrafe de *“Prácticas de negocios anticompetitivas”*, sino que también al hecho de que tanto el artículo 16.3 N° 1 como el artículo 16.4 N° 1 contienen una disposición similar en relación a sus propios epígrafes (Monopolios designados y Empresas del Estado respectivamente). De permitir el artículo 16.1 N° 3 que cada Estado dicte normas contrarias a las dispuestas en este capítulo se haría innecesaria la existencia de los artículos 16.3 N° 1 y 16.4 N° 1. En conclusión consideramos que el artículo 16.3 en vez de utilizar el término *“Políticas de competencia”* debería haber hecho referencia explícitamente a las *“Prácticas de negocios anticompetitivas”*, sin perjuicio de que también se podría haber definido en el artículo 16.9 que se iba a entender por política de competencia para efectos de este tratado.

3. Cooperación, Transparencia y solicitudes de información

El artículo 16.2 señala que *“las Partes acuerdan cooperar en el área de la política de competencia. Las Partes reconocen la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus respectivas autoridades para profundizar el cumplimiento efectivo de las leyes de competencia en el área de libre comercio. En consecuencia, las Partes cooperarán en asuntos relativos a actividades tendientes a hacer cumplir las leyes de competencia, incluidas notificaciones, consultas e intercambio de información en relación con la aplicación de las leyes y políticas de competencia de las Partes”*⁵².

En el caso chileno la Fiscalía Nacional Económica tiene 2 atribuciones muy importantes en esta materia señaladas por el DL 211 en sus artículos 27 m) y n), que consisten básicamente en la posibilidad de que la Fiscalía Nacional Económica celebre convenios de entendimiento con agencias extranjeras con el fin de promover o defender la libre competencia⁵³ (en este caso convenios a celebrar con la Antitrust Division y la Federal Trade Division), además de la posibilidad de convenir la interconexión electrónica

⁵¹ Otra definición consiste en señalar la Política de competencia como “disciplinas que regulan la cantidad de competidores que existen en un mercado determinado”.

⁵² Los TLC’s celebrado por Chile con Canadá y México, así como también el NAFTA además de las actividades tendientes al cumplimiento de las leyes de competencia, las notificaciones, las consultas y el intercambio de información, agregan la asistencia legal mutua.

⁵³ Terry Winslow, *Competition Law and Policy in Chile: A peer review*, OECD – BID, Enero de 2004, p.9.

con organismos públicos extranjeros con los cuales haya celebrado convenios de entendimiento.

Por su parte la Federal Trade Commission y la Antitrust Division pueden en virtud de la “International Antitrust Enforcement Act” celebrar acuerdos de asistencia mutua con autoridades antitrust extranjeras de forma tal que se puede con ciertas limitaciones compartir información y asistencia en la investigación de hechos que constituyan infracciones a la libre competencia⁵⁴.

Con respecto a la Transparencia, a pesar de que las partes declaren que **“reconocen el valor de la transparencia en las políticas de competencia gubernamentales”**, en el TLC no están contempladas exigencias entre las partes con respecto a esto salvo en los casos en que una de las partes solicite a la otra una determinada información⁵⁵. Así una parte respondiendo a la solicitud de la otra pondrá a su disposición información relativa a:

1. “Actividades tendientes a hacer cumplir sus leyes de competencia”.
2. “Empresas del estado y monopolios designados, públicos o privados, en cualquier nivel de gobierno” y en este caso se “indicarán las entidades o localidades involucradas, especificará las mercancías y mercados particulares concernidos, e incluirá indicios de prácticas que pudieren restringir el comercio o la inversión entre las partes”.
3. “...las excepciones dispuestas de conformidad con sus leyes de competencia. Las solicitudes (de información) especificarán las mercancías y los mercados particulares de interés, e incluirán indicios de que la excepción pudiere restringir el comercio o la inversión entre las partes”⁵⁶.

4. Monopolios Designados

El artículo más extenso del capítulo de Política de Competencia es el 16.3 sobre Monopolios Designados⁵⁷. En su número 1º señala que **“nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte designe un monopolio”**. Esto significa que las disposiciones de este “Capítulo” (no solamente artículo) no afectan la autonomía de cada Estado parte para poder designar un Monopolio (situación similar a la del artículo 16.1 N°3). Cabe preguntarse en que consiste la designación de un monopolio, para lo cual se hace necesario recurrir al artículo 16.9 que señala que **“designar significa el establecimiento, designación o autorización, formal o de hecho, de un monopolio, o la**

⁵⁴ Interesante se hace saber de que EEUU y México en el marco de NAFTA han celebrado un acuerdo con respecto a la aplicación de sus leyes de competencia (Julio de 2000), esto con el fin de lograr una mayor cooperación en el ámbito del cumplimiento y la técnica de sus leyes antitrust, además de la coordinación de sus autoridades de defensa a la libre competencia.

⁵⁵ Especial atención se presta en el TLC entre Chile-EFTA y Chile-Corea al tema de la confidencialidad en el intercambio de información.

⁵⁶ Al referirse a **“las excepciones dispuestas de conformidad con sus leyes de competencia”** como señalamos en el numeral 2º de este trabajo (referido a las Prácticas de negocios anticompetitivas) se crea un problema en la calificación del capítulo 16. Para dar una interpretación de este artículo que sea coherente con la adoptada ante el artículo 16.1 N° 3, consideraremos que dichas excepciones están referidas a cualquier tipo de situación excepcional a la libre competencia o a las prácticas anticompetitivas convencionales con excepción de las situaciones contempladas en los artículos 16.3 y 16.4.

⁵⁷ Este artículo guarda una gran similitud con el artículo J-02 del TLC de Chile-Canadá y con el artículo 1503 del NAFTA, con la diferencia que en el TLC entre Chile y EEUU las disposiciones tienen una construcción más imperativa.

*extensión del ámbito de un monopolio para cubrir una mercancía o servicio adicional*⁵⁸. A su vez *“monopolio significa una entidad incluido un consorcio o una agencia de gobierno, que en cualquier mercado relevante en el territorio de una parte sea designado como el proveedor o comprador exclusivo de una mercancía o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual únicamente en virtud de tal otorgamiento”*.

Se prescribe a continuación que al designar un monopolio, y que como consecuencia de esa designación se pueda afectar los intereses de personas de la otra parte, la parte designante deberá cumplir con 2 requisitos⁵⁹:

1. *“Al momento de la designación, procurar introducir condiciones tales al funcionamiento del monopolio, que permitan minimizar o eliminar toda anulación o menoscabo de beneficios en el sentido del Anexo 22.2 (Anulación o menoscabo)...”, es decir, “...cuando, en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga este Tratado, considere que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las siguientes disposiciones...”*. Lo anterior tiene por objetivo el que a través de la designación de monopolios no se vulnere el espíritu de las normas contenidas en el TLC, no restringiéndose a nuestro juicio tan sólo a los capítulos señalados en el Anexo 22.2 (que permite que en los casos en que haya anulación o menoscabo a los beneficios contenidos en los capítulos señalados en dicho Anexo, las acciones que generan dicha anulación o menoscabo sean objeto del procedimiento de solución de controversias).
2. *“Notificar por escrito, y por anticipado cuando sea posible, a la otra Parte acerca de la designación y de cualquiera de dichas condiciones”*.

Este artículo contiene una norma que obliga la revisión de los monopolios gubernamentales ya designados por las partes, incluso previo a la entrada en vigencia del TLC toda vez que en el artículo 16.3 N° 3 se establece que *“cada Parte garantizará que cualquier monopolio de propiedad privada que se designe después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado y que cualquier monopolio gubernamental que designe o haya designado:”*

1. No puede vulnerar las disposiciones del TLC si dicho monopolio ejerce facultades regulatorias, administrativas o facultades propias del Estado delegante en conexión con la mercancía o servicio monopolístico.
2. Las acciones del monopolio sólo pueden estar fundadas en base a consideraciones comerciales (adquisiciones y ventas por ejemplo). Deben entenderse exceptuados de esta obligación los casos en que el acto de designación del monopolio señale que sus acciones deban fundarse en otro tipo de consideraciones, pero bajo ninguna circunstancia los términos de su designación pueden ser contrarios al principio de trato no discriminatorio o bien a autorizarlo para incurrir en prácticas anticompetitivas.

⁵⁸ Ver el artículo 4° del DL 211 que señala que *“no podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice”*.

⁵⁹ Artículo 16.3 N° 2 TLC.

3. Otorgue trato no discriminatorio a las inversiones cubiertas, mercancías y proveedores de servicio de la otra parte.
4. No hacer uso de su posición monopólica para realizar prácticas anticompetitivas que afecten a las inversiones cubiertas de la otra parte. Sin embargo en este caso se debe aplicar el artículo 16.1 N° 1 y 3 del TLC, lo que se traduce en que cada parte puede libremente determinar en su legislación cuales practicas se consideran anticompetitivas.

El artículo 16.3 finaliza señalando que “*este artículo no se aplica a la contratación pública*”.

5. Empresas del Estado

Al igual que en el artículo 16.3 y con el mismo espíritu del artículo 16.1 N° 3, el artículo 16.4 N° 1 dispone que “*ninguna disposición de este tratado se interpretará en el sentido de impedir que una parte establezca o mantenga una empresa del Estado*”. Reiteramos por tanto la voluntad de ambos Estados contratantes de respetar la autonomía de su contraparte, en este caso, para que se creen y mantengan empresas del Estado.

El artículo 16.4 presenta ciertos problemas para su interpretación debido a la forma en la cual se encuentra redactado: “*Cada Parte deberá garantizar que cualquier empresa del Estado que establezca o mantenga o actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con este Tratado, cada vez que dicha empresa ejerza cualquiera facultad regulatoria, administrativa, o cualquier otra facultad gubernamental que la Parte le haya delegado, tales como el poder de expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales, o imponer cuotas, derechos u otros cargos*”. Es por esto que se hace necesario recurrir a la comparación con el texto del TLC en su versión en Inglés: “*Each Party shall ensure that any state enterprise that it establishes or maintains acts in a manner that is not inconsistent with the Party’s obligations under this Agreement wherever such enterprise exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority that the Party has delegated to it, such as the power to expropriate, grant licenses, approve commercial transactions, or impose quotas, fees, or other charges*”. Del análisis de ambas disposiciones se desprende el espíritu de este artículo y que consistiría en señalar que lo que cada parte debe asegurar es que las empresas del Estado que establezca en el futuro o mantenga en la actualidad, actúen de forma tal que sus acciones sean compatibles con las obligaciones que la parte bajo el amparo del la cual se crearon o mantengan, haya contraído, cuando la empresa ejerza una facultad gubernamental que la parte le haya delegado^{60 61}.

A su vez “*cada Parte deberá garantizar que cualquier empresa del Estado que establezca o mantenga, otorgue trato no discriminatorio en la venta de sus mercancías o servicios a las inversiones cubiertas*” lo cual se hace muy lógico si suponemos que una de estas empresas del Estado puede ser la proveedora de un inversionista correspondiente a la

⁶⁰ En este caso se puede también arribar a una interpretación similar a la señalada si se hace analogía con el artículo 16.3 N° 3 a.

⁶¹ Otra disposición que nos acerca a la interpretación antes expuesta se encuentra en el artículo J-03 del TLC Chile-Canadá en la parte relativa a las empresas del Estado. Cabe además recordar que el TLC Chile-Canadá y el NAFTA guardan disposiciones muy similares a las del TLC Chile-EEUU en lo relativo a Monopolios designados y Empresas del Estado.

otra parte.

6.- Diferencias de Precios

El artículo 16.5 contempla 2 hipótesis y un requisito común a ambas para el cobro de diferentes precios de modo que dicha diferencia no sea incompatible con las normas relativas a los monopolios designados (en su artículo 16.3 N° 3 c) y a las empresas del Estado (en su artículo 16.4 N° 3). La primera hipótesis es que se trate de diferentes mercados y la segunda hipótesis es que se trate del mismo mercado, entendiéndose por mercado **“el mercado geográfico y comercial para una mercancía o un servicio”**⁶². El requisito común a ambas hipótesis es que las diferencias de precios deben estar fundadas en consideraciones comerciales normales, señalándose como ejemplo en la disposición las condiciones de oferta y demanda.

7.- Consultas y Controversias

Una forma de cooperación que contempla el capítulo 16 guarda relación con la posibilidad de realizar consultas entre las partes o bien la posibilidad de que el fin de estas consultas sea el tratamiento de materias específicas que surjan. Para llevar a cabo estas consultas se hace necesario de que una de las partes solicite a la otra la iniciación de consultas, señalando su relevancia y como la materia objeto de consulta afecta el comercio o la inversión.

De esta forma con las consultas se suple en cierta medida el hecho de que **“ninguna parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias conforme a este Tratado, respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con los artículos 16.1, 16.2, ó 16.7”** (Prácticas de negocios anticompetitivas, monopolios designados y Consultas, respectivamente).

Conclusiones

Al analizar en el Tratado de Libre Comercio el apartado correspondiente a las prácticas anticompetitivas, pudimos dar un vistazo general a las principales diferencias y similitudes que existen entre la legislación estadounidense y la chilena en materia de competencia. Es así como observamos que las mayores diferencias se presentan en el desarrollo y la extensión de las normativas, así como también en los tipos de órganos encargados de velar por el cumplimiento de la legislación de defensa a la libre competencia. En esta materia el TLC sólo se preocupa de fijar los lineamientos básicos que deben existir para el desarrollo de una política de competencia que pueda insertarse en los procesos de liberalización del comercio internacional (existencia de un estatuto jurídico que regule la materia, autoridades encargadas de aplicarlas, y garantías mínimas de los procedimientos de aplicación de dicha normativa).

En lo que respecta a la Cooperación, Transparencia y solicitudes de información cobran importancia los acuerdos que en esta materia puedan celebrar las autoridades que

⁶² Ver artículo 16.9

velan por el cumplimiento de la legislación de defensa a la libre competencia. La cooperación entre las autoridades de ambas partes permitirá un mejor cumplimiento y ejecución de una política de competencia común que pueda desarrollarse en un futuro cercano.

En cuanto a los Monopolios Designados al igual que en el caso de la Empresas del Estado, se reconoce el derecho de cada Estado para designar monopolios o crear o mantener empresas estatales, de forma tal que las disposiciones contenidas en el TLC sólo tienen por objeto garantizar la existencia de ciertas reglas mínimas que permitan a las personas de cada parte seguir gozando de los beneficios que se les otorgue por este tratado.

Bibliografía

ALONSO y Mochón, *Economía Básica: Chile, una realidad*, Ed. McGraw Hill, Santiago de Chile, 1994.

ASTUDILLO, Manuel, *Curso de Derecho Económico: Legislación Económica*, Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 1999.

CARVALLO HEDERRA, Sergio, *Manual de Legislación Económica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1983.

COOTER, Robert y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, Ed. FCE, 1998.

DABBAH, Maher M., *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.

POSNER, Richard A., *El Análisis Económico del Derecho*, Ed. FCE, 1998.

UNCTAD, *Model Law on Competition*, United Nations Publications, Nueva York, 2004.

WINSLOW, Terry, *Competition Law and Policy in Chile: A peer review*, OECD – BID, Enero de 2004.

WITKER, Jorge, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, Ed. Porrúa, México, 2003.

_____, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000.

Hemerografía

FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, “Los organismos de la defensa de la Competencia”, *Actualidad Jurídica*, N°5, Enero de 2002.

Internet

www.wto.org

www.ustr.gov

www.oecd.org

www.unctad.org

www.direcon.cl

www.fne.cl

www.usdoj.gov/atr/

www.ftc.gov

www.minecon.cl