

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Escuela de Derecho

TESINA

**“Análisis Institucional de la Comisión Nacional encargada de Investigar
las Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas”**

Tesistas:

Christofer Úbeda Muñoz

Daniela Verdejo Gajardo

Profesor guía:

Críspulo Marmolejo González

Fecha:

13 Diciembre del 2014

**ANÁLISIS INSTITUCIONAL DE LA COMISIÓN NACIONAL ENCARGADA DE
INVESTIGAR LAS DISTORSIONES EN EL PRECIO DE LAS MERCADERÍAS
IMPORTADAS**

I.	Introducción y presentación de la problemática.....	4
II.	Marco regulatorio de la Comisión.	7
III.	Análisis del diseño Institucional y Funciones de la CNDP.....	8
IV.	Procedimientos.....	11
	1. Reglas generales a todo procedimiento.	
	1.1 Procedimiento a iniciativa de una o más partes interesadas.	
	1.2 Investigación de Oficio.	
	2. Procedimiento que debe llevar a cabo la Comisión para aplicar Salvaguardias globales.	
	3. Procedimiento que debe llevar a cabo la Comisión para aplicar medidas Antidumping y Derechos compensatorios.	
V.	Revisión de jurisprudencia más relevante de la CNDP en los últimos diez años, análisis de las técnicas que utiliza y de la eficiencia de las mismas.....	16
VI.	Una mirada a la estructura, funcionamiento y competencia de los Órganos más relevantes en materia de Libre Competencia.....	27
	1. Fiscalía Nacional Económica.	
	2. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:	
VII.	Propuesta de un nuevo diseño institucional.....	32
VIII.	Conclusiones respecto a la institucionalidad y la eficiencia de su funcionamiento.....	36

Resumen

La Comisión Nacional Encargada de Investigar las Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas, constituida como tal a principios de los 90', fue creada con el fin de adoptar medidas de defensa de la libre competencia en materia internacional: medidas antidumping, subvenciones y salvaguardias. Se hace necesario, después de 24 años en que las relaciones de comercio internacional han aumentado considerablemente y en donde nuevos actores, como las multinacionales, se han instalado en la economía nacional, analizar su estructura como institución y preguntarse si hoy en día se justifica su composición, mayoritariamente política, la cual resulta determinante a la hora de considerar la eficiencia de sus medidas. Para lo anterior, analizaremos las principales decisiones tomadas por la Comisión y con ello, ratificaremos la insuficiencia técnica de sus decisiones y la falta de condescendencia con la Organización Mundial de Comercio.

Abstract

The National Commission related to distortions on International Trade and imported goods or merchandise, constituted as such at the early 90's, was built aiming to adopt measures of defence of the free competitors: anti-dumping, subsidies and safeguards measures. It's become necessary, after 24 years, in which the international commercial relations have increased considerably and new participants, like MNC (Multinational Corporations), have inserted themselves in the national economy, it is necessary analyse the structure as an institution and examine if, currently the composition is justifiable, political in its majority. Our main goal is to determine the efficiency of its measures. For the previously mentioned, we will analyse the main decisions made by the Commission and with that, endorse the technical insufficiency of the decisions and the lack of compliance with the WTO (World Trade Organisation)

Palabras claves: Comisión Nacional encargada de investigar las distorsiones en los precios de las mercaderías importadas – Fiscalía Nacional Económica - Antidumping – Salvaguardias – Derechos compensatorios.

I. Introducción y presentación de la problemática.

La Comisión Nacional Encargada de Investigar las Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas -en adelante CNDP-, tiene su origen institucional en la Comisión de Subvenciones del año 1981 que estaba radicada en el Banco Central, posteriormente en el año 1986 se crea una segunda comisión denominada “Comisión Nacional encargada de investigar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas”; recién en 1990 mediante la promulgación de la Ley 18.840 y 18.908 es que dicha comisión adquiere su calidad actual, en reemplazo de la Comisión de Subvenciones, siendo un organismo técnico que tiene su presidencia en la Fiscalía Nacional Económica

La necesidad de su existencia radica en las facultades que legalmente se le atribuyen en orden a proteger la producción nacional respecto de las importaciones al país que tengan una distorsión en sus precios, pudiendo éstas provocar un menoscabo grave a dicha producción al generarse una competencia desleal. La Comisión, luego de realizar la investigación formal correspondiente, es llamada a efectuar las recomendaciones al Presidente de la República a la hora de tomar medidas de defensa comercial.

Estas medidas son establecidas por el General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), acuerdo que Chile suscribe y que posteriormente son reforzadas por la Organización Mundial de Comercio (OMC) a la cual Chile pertenece.

El principal causante de comercio desleal y distorsión en el precio es el Dumping; el que ocurre cuando productos de un país se introducen al mercado de otro país a un precio inferior que el valor normal, condición que es condenable cuando causa o amenaza con causar daño importante a una rama de la producción existente o bien cuando retrasa de manera significativa la creación de una rama de producción nacional (Artículo 6, General Agreement on Tariffs and Trade). Es por esto, y con el fin de detener o compensar los efectos del Dumping, que se han creado los derechos Antidumping, que consisten en la aplicación de sobretasas ad valorem o derecho específicos sobre las mercancías que han sido exportadas de sus países de origen en estas condiciones. Esta medida puede ser igual o inferior al margen de dumping, que es la diferencia entre el precio de exportación y el valor normal del producto.

A su vez, como otra distorsión de precios de los productos importados existen las subvenciones; entendemos por éstas a cualquier forma de sostenimiento de los ingresos o los

precios en el sentido del artículo XVI del GATT, y a toda contribución financiera que sea efectuada por el gobierno del país de origen o de exportación del producto o bien por cualquier organismo público en el territorio de dicho gobierno por la cual el receptor se vea beneficiado. Ante esto, como medida de defensa tenemos los derechos compensatorios, que consisten en la aplicación de una sobretasa ad valorem o un derecho específico aplicado a las importaciones. El cálculo de estos debe ser suficiente para anular el daño, y no ser superior a la diferencia existente entre el precio de exportación del producto subsidiado y el precio de exportación del mismo sin subsidio.

De manera adicional, se incorpora el mecanismo de las salvaguardias que si bien no obedecen al supuesto de comercio desleal, tienen el mismo objetivo protector de la industria nacional. Se emplean toda vez que las importaciones de un producto han aumentado de manera imprevista en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores. Las salvaguardias se materializan en tasas ad valorem que se aplican directamente a los productos importados.

En consecuencia, para aplicar cualquier medida excepcional de defensa comercial - derechos antidumping, derechos compensatorios o salvaguardias - la autoridad competente deberá necesariamente constatar a través de una investigación formal, que las importaciones de un producto específico son objeto de dumping o reciben un subsidio determinado, o que han aumentado de forma relevante e imprevista en un período reciente, según corresponda. Al mismo tiempo se deberá verificar el impacto negativo en la industria nacional, probando la causalidad existente entre dichas importaciones y el daño o el posible desmedro de la rama de producción doméstica afectada.

Es necesario reiterar que la principal diferencia entre los derechos antidumping y compensatorios respecto a las salvaguardias radica en que los primeros son consecuencia del comercio desleal, mientras que las últimas no requieren de este supuesto para ser fijadas. Por otra parte, las salvaguardias se aplican indistintamente a todos los países ya que afectan a las importaciones independiente de cual sea su origen, en cambio las medidas antidumping y compensatorias se toman en contra de un país determinado, llegando incluso a hacer distinciones entre empresas de un mismo país puesto que lo que se toma en cuenta son las

condiciones exclusivas de las exportaciones de cada una.

Desde el año 1999 que la Comisión Nacional de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas no ha tenido una revisión ni un estudio sistematizado, por lo que nos parece relevante llevarlo a cabo, dada la situación actual, en la que Chile se encuentra inmerso producto de la suscripción de múltiples Tratados de Libre Comercio, los que generan un aumento regular y progresivo en sus importaciones y en sus relaciones de comercio internacional. Es fundamental el análisis en torno a la regulación, reglamentación e implementación de medidas tendientes a estructurar un ordenamiento coherente con la realidad vigente en nuestro país.

La Comisión juega un papel primordial en torno a la adopción de medidas que pueden tomarse como respuesta a diversas problemáticas del comercio internacional, motivo por el cual, trataremos a través de este estudio de dilucidar si la estructura, procedimientos y posterior adopción de medidas con las que cuenta la misma Comisión son suficientes para enfrentar los nuevos desafíos de un Chile cada día más globalizado.

II. Marco regulatorio de la Comisión.

Entendemos como marco regulatorio a todas las normas de distinta clase y jerarquía que rigen a la Comisión, dándole estructura a la institución misma y configurando los procedimientos que ésta debe seguir tanto en las investigaciones por dumping, subsidios y salvaguardias, como en la aplicación de estos mecanismos. Dichas normas son las siguientes:

1. Decreto Supremo N° 16 del Ministerio de Relaciones Exteriores que aprueba como Ley los denominados acuerdos de Marrakech, entre los que destacamos el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT que coloquialmente se conoce como Acuerdo Antidumping y el Artículo XIX del GATT, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo sobre Salvaguardias y el Acuerdo sobre la Agricultura.

2. Ley N° 18.525: Normas sobre importación de las mercaderías al país, la que es publicada en el Diario Oficial el 30 de Junio de 1986. Respecto a ésta, en específico son aplicables los artículos 7, 8 y 9 y su modificación introducida por el DFL 31 de 2005.

3. Decreto de Hacienda N° 575, el cual aprueba el Reglamento del artículo 11 de la Ley N° 18.525 ya mencionada, el que en la actualidad es el artículo número 9.

4. Decreto de Hacienda N° 909: éste aprueba conforme al Acuerdo de Marrakech, el Reglamento para la aplicación de medidas de salvaguardia del artículo 9 de la Ley 18.525 que en la actualidad es el artículo 7.

5. Conforme a los avances en las relaciones internacionales, nacen y se hacen parte de este marco regulatorio los Tratados de Libre Comercio destacando los Tratados Chile - Canadá, Chile - México, Chile - Unión Europea, Chile - Estados Unidos, Chile - Corea, Chile - Asociación Europea de Libre Comercio y el Acuerdo de Complementación Económica Chile - Perú.

6. Decreto 1314 que aprueba el Reglamento Antidistorsiones, el que adapta los procedimientos que rigen la elaboración de las investigaciones relativas a distorsiones de precios de la importación a la normativa que rige estos procesos a nivel internacional, además coordina la reglamentación antidistorsiones en un solo cuerpo reglamentario.

III. Análisis del diseño Institucional y Funciones de la CNDP.

La Comisión está presidida por el Fiscal Nacional Económico y es integrada por dos representantes del Banco Central de Chile, un representante del Ministro de Hacienda, un representante del Ministro de Agricultura, un representante del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Director Nacional de Aduanas. Todos los órganos de la Administración del Estado deben adoptar las medidas necesarias para que estos puedan desempeñar eficazmente cada una de sus funciones. Que la Comisión sea integrada de esta forma, con representantes de instituciones públicas vinculadas al comercio y a la economía nacional tiene como fundamento el hecho de que todas las medidas de defensa comercial que son recomendadas a través del Ministro de Hacienda al Presidente de la República, inciden en materia de tributos aduaneros y por ende afectan directamente al comercio exterior y a la economía del país, así esta composición permite que las resoluciones que emanen se basen en una política de Estado coordinada en todos los sectores. A su vez, la Comisión está constituida por una Secretaría Técnica radicada en el Banco Central.

La Comisión funciona a través de sesiones que se celebran en dependencias de la Fiscalía Nacional Económica y que tienen un quórum mínimo de cuatro integrantes dentro de los cuales debe estar obligatoriamente el Presidente o su subrogante legal. En ellas se analizan los temas incluidos en la tabla respectiva, que es confeccionada por la Secretaría bajo instrucción del Presidente de la Comisión; por regla general las decisiones y acuerdos se adoptan por mayoría simple de los miembros presentes, siendo el voto del Presidente decisivo en casos de empate. Sobre los acuerdos y deliberaciones se levantan actas, dejando expresado en ellas los fundamentos de los votos tanto de mayoría como de minoría. Dichas actas, luego de ser aprobadas por los miembros de la Comisión, son archivadas en la Secretaría Técnica y en la Biblioteca del Banco Central adquiriendo el carácter de públicas.

El objetivo fundante de la Comisión, como ya lo hemos adelantado, es conocer las solicitudes de investigación relativas a la aplicación de medidas antidumping, medidas compensatorias y medidas de salvaguardia globales, resolver acerca de los hechos investigados y proponer al Presidente la aplicación de estas medidas. Además cumple con funciones complementarias, las que se encuentran en el artículo 2 del Decreto 1314 y que consisten en: conducir conforme a las normas legales vigentes y las directrices e instrucciones que la misma Comisión fija, todas las investigaciones que por acuerdo se promuevan; iniciar investigaciones

de oficio cuando corresponda; requerir a la Secretaría Técnica informes, estudios, antecedentes y toda la información que sea necesaria para cumplir de manera adecuada con las investigaciones, además de toda diligencia investigativa y probatoria que resulte pertinente en el curso de dichas investigaciones, en ese mismo orden podrá solicitar también, la colaboración de órganos del Estado; decretar e impartir directrices e instrucciones vinculantes para el acertado cumplimiento de sus funciones; y cumplir con cualquier otra función que la ley le encomiende.

El artículo 9 de la Ley 18.525 dictamina que la Secretaría Técnica de la Comisión Nacional, está radicada en el Banco Central de Chile, cuyo Consejo designa al funcionario a cargo. El Presidente de la Comisión podrá solicitar a la Secretaría que se incorporen más miembros a ésta si las necesidades específicas de una investigación así lo requieren.

Las funciones primordiales que le corresponden a este órgano son las siguientes: proporcionar a cualquier interesado el formulario aprobado por la Comisión para realizar denuncias y solicitudes, el cual debe recibir una vez que esté debidamente completado, cerciorándose de haber entregado una orientación objetiva y oportuna con el fin de que la solicitud o denuncia cumpla con los requisitos exigidos para luego ser presentada a esta. Siguiendo las instrucciones de la Comisión, deberá reunir todos los antecedentes sobre distorsiones en el precio y/o sobre el aumento de las importaciones, teniendo a su cargo la confección de informes técnicos que examinen en primer lugar el impacto de tales distorsiones o aumentos de importaciones sobre la industria nacional y en segundo lugar la relación causal entre dichas circunstancias y la amenaza de daño o el daño causado. Además, se le encomienda en el marco de las investigaciones, recibir y poner en conocimiento de la Comisión, todas las comunicaciones y solicitudes que se presenten, a su vez, preparar y realizar oportunamente las notificaciones, comunicaciones y publicaciones que correspondan, así mismo deberá tramitar todas las solicitudes de información, aclaración y complementación que se le requiera, deberá confeccionar los cuestionarios pertinentes, todos los informes que le solicite la Comisión y deberá realizar las visitas de verificación de información que le ordenen.

Por otro lado, en relación con los expedientes, la Secretaría es la responsable de confeccionarlos, dejando constancia en ellos de todas las actuaciones que se lleven a cabo siguiendo las directrices de la Comisión, a su vez deberá custodiar dichos expedientes en sus dos versiones, pública y confidencial, incluyendo el resguardo de toda información que tenga el

carácter de secreta, adoptando todas las medidas necesarias para ello. Le compete también, informar al público en general y dar debida publicidad de la legislación aplicable en Chile en materia de investigaciones y aplicación de medidas de defensa comercial ya sea a través de internet como en las mismas dependencias de la Secretaría, al mismo tiempo, deberá contar con la información referente a las investigaciones que se están llevando a cabo con sus respectivas solicitudes, a las medidas aplicadas por la Comisión, sean estas provisorias o definitivas y a toda materia que pueda resultar de interés.

Por último, los miembros de la Secretaría Técnica deberán comparecer a todas las sesiones que la Comisión oficie y suscribir las actas de estas. Todo esto sin perjuicio de cualquier otra tarea que la ley o la Comisión le encargue.

IV. Procedimientos.

1. Reglas generales a todo procedimiento.

1.1 Procedimiento a iniciativa de una o más partes interesadas:

Se dará inicio al procedimiento cuando se presente por escrito una solicitud de investigación para la aplicación de una medida, la que debe ser presentada por la rama de producción nacional o en nombre de ella o por una asociación que la represente que se considere afectada por un daño grave o amenaza de daño grave en el caso de las medidas de salvaguardia, o por un daño en el caso de las medidas antidumping y compensatorias. Dicha solicitud deberá presentarse ante la Secretaría Técnica y estar dirigida al Presidente de la Comisión.

Cuando se solicite la aplicación de una medida provisional, deberán acompañarse antecedentes que den cuenta de las condiciones de procedencia establecida en el artículo 23 del reglamento antidistorsiones para el caso de las salvaguardias y en el artículo 62 para el caso de las medidas antidumping y compensatorias. Presentada la solicitud de investigación, la Secretaría, dispondrá de un plazo máximo de diez días para verificar y certificar que se hayan entregados los antecedentes solicitados en el formulario que al respecto haya proporcionado la Secretaría, debiendo comunicar este hecho al solicitante. Si en la solicitud de investigación no constaren los antecedentes, la Secretaría deberá siempre comunicar este hecho al solicitante dentro del plazo de 10 días. El solicitante cuya solicitud no hubiere sido certificada conforme, dispondrá de un plazo de cinco días, para requerir al Presidente de la comisión que este resuelva sobre la negativa de la Secretaría a certificar la conformidad de la solicitud. El Presidente deberá resolver en única instancia dentro de un plazo máximo de cinco días desde dicha presentación. Certificado el hecho de encontrarse conforme la solicitud, la Secretaría Técnica deberá ponerla en conocimiento de la Comisión, se considerará formalizada al quinto día hábil siguiente de aquel en que se realice la certificación. Formalizada aquella, la Comisión deberá pronunciarse mediante resolución fundada si decide dar inicio a la investigación. Si la comisión decide dar inicio a una investigación deberá informar este hecho dentro de un plazo de cinco días hábiles siguientes a la formalización de la denuncia, por aviso publicado en el Diario Oficial, el que deberá contener, a lo menos, la siguiente información:

- a. La fecha de inicio de la investigación;

- b. Individualización de él o los solicitantes;
- c. Individualización del o los productos importados sujetos a investigación y su clasificación arancelaria;
- d. La naturaleza de la investigación; y
- e. La dirección, número telefónico, fax y correo electrónico de la Secretaría Técnica, con la indicación de que allí pueden dirigirse las partes interesada para presentar documentos, hacer solicitudes y, en general, obtener información acerca de la marcha de la investigación.

En el caso de las investigaciones para la aplicación de medidas antidumping o compensatorios, este aviso deberá contener además:

- a. El nombre del país o países exportadores del o los productos importados sujetos a investigación;
- b. La base de alegación de dumping formulada en la solicitud o una descripción de la práctica o prácticas de subvención que deban investigarse; y
- c. Un resumen de los factores en los que se basa la alegación de daño.

De no cumplirse las condiciones establecidas en el artículo 12, la Comisión podrá determinar no dar inicio a la investigación. Para tal efecto dictará una resolución fundada dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes a la formalización de la denuncia y ordenará el archivo de los antecedentes a la Secretaría Técnica, esta resolución deberá ser notificada por carta certificada al solicitante, la que será despachada dentro de los diez días siguientes a la decisión.

1.2 Investigación de Oficio:

El artículo 15 del Reglamento Antidistorsiones, faculta a la Comisión iniciar una investigación de oficio en circunstancias especiales y siempre que disponga de antecedentes que así lo justifiquen, aplicando los mismos procedimientos establecidos para las investigaciones iniciadas a solicitud de parte.

2. Procedimiento que debe llevar a cabo la Comisión para aplicar Salvaguardias globales.

Se podrán aplicar medidas de salvaguardia consistentes en sobretasas arancelarias ad valorem, si la Comisión ha determinado que, como consecuencia de la evolución imprevista de

las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias contraídas por Chile, las importaciones de un producto han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales, que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores. Las investigaciones para la aplicación de salvaguardias se llevarán a cabo de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos por la ley N° 18.525, el artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias, ambos de la Organización Mundial del Comercio, y las disposiciones del presente Reglamento. Estas investigaciones no podrán extenderse por más de 90 días contados desde su inicio.

Para la determinación de la existencia de daño grave y amenaza de daño grave, la Comisión deberá evaluar una serie de factores tales como:

- a. El ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones del producto sujeto a la Investigación, en términos absolutos en relación a la producción nacional;
- b. La parte del mercado interno absorbida por las importaciones en aumento;
- c. Los cambios en los niveles de ventas;
- d. La producción;
- e. La productividad
- f. La utilización de la capacidad;
- g. Las ganancias y las pérdidas; y
- h. El empleo.

Por otro lado, no podrá efectuarse la determinación de la existencia de daño grave o de amenaza de daño grave, a menos que la investigación demuestre sobre la base de pruebas objetivas, la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las importaciones del producto sujeto a la investigación, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y el daño grave o amenaza de daño grave.

Respecto a la presentación de pruebas se dará amplia oportunidad para que las partes interesadas en ella presenten todas aquellas que estimen convenientes, las cuales pueden presentarse desde el inicio de la investigación hasta la fecha fijada para la audiencia pública, la que se celebrará con las partes interesadas, la que será fijada con a lo menos 15 días de anticipación por la Comisión, y en donde las partes interesadas expondrán los argumentos

correspondientes.

Durante la investigación la Comisión podrá determinar la aplicación de medidas provisionales, en circunstancias que la demora propia de la investigación entrañaría un perjuicio difícilmente reparable para la rama de producción nacional del producto similar o directamente competidor del producto importado, la Comisión de oficio o a solicitud de una de las partes interesadas, podrá recomendar la aplicación de una medida de salvaguardia provisional, consistente en una sobretasa arancelaria ad valorem. La decisión de la Comisión deberá estar fundada en una determinación preliminar de la existencia de pruebas claras de que el aumento de las importaciones ha causado o amenaza causar un daño grave. La resolución que recomiende la aplicación de una medida de salvaguardia provisional se elevará a consideración del Presidente de la República, quien resolverá sobre la medida propuesta y su monto, luego formalizará su aplicación mediante un decreto del Ministerio de Hacienda, que deberá ser publicado en el Diario Oficial. Con todo, la medida no podrá exceder del término de doscientos días corridos, desde el momento de la publicación de la misma.

Hay que tener en cuenta lo que dictamina el artículo 39 del Reglamento Antidistorsiones, el que establece que las personas afectadas por medidas provisionales durante la investigación respectiva, podrán pedir la devolución del total de lo pagado si se resuelve, en definitiva, la no aplicación de sobretasas arancelarias. De igual modo, las personas afectadas por una medida de salvaguardia provisional, podrán pedir la devolución parcial en los casos en que su aplicación como definitiva sea por un monto inferior al que debió pagar durante lo que duró la medida provisional.

Por otro lado la aplicación de medidas definitivas, podrá llevarse a cabo sólo una vez concluida la investigación, y se determinará si se cumplen con los requisitos para la aplicación de una salvaguardia, dictando una resolución fundada, aplicando el artículo 26 del reglamento antidistorsiones en relación al contenido de la misma, la que, además de establecer esta determinación final, recomendará la aplicación de la medida al Presidente de la República.

Lo especial de la aplicación de salvaguardias se da en torno a los países en desarrollo en donde, como lo expresa el artículo 28 del Reglamento Antidistorsiones, no se podrá aplicar una medida ni provisional ni definitiva contra productos originarios de un país en desarrollo miembro de la Organización Mundial de Comercio, cuando la participación que le corresponda

en las importaciones del producto objeto de la investigación no exceda del 3%, a condición de que los países en desarrollo con una participación en las importaciones menor del 3% no representen en conjunto más del 9% de las importaciones totales del producto sujeto a una medida.

3. Procedimiento que debe llevar a cabo la Comisión para aplicar medidas Antidumping y Derechos compensatorios.

Las investigaciones para la aplicación de derechos antidumping y derechos compensatorios se llevarán a cabo de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos por la Ley N° 18.525, por el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y la aplicación del Reglamento Antidistorsiones.

V. Revisión de jurisprudencia más relevante de la CNDP en los últimos diez años, análisis de las técnicas que utiliza y de la eficiencia de las mismas.

Este apartado tiene como propósito presentar las resoluciones más importantes respecto de las investigaciones y recomendaciones de los últimos diez años, efectuadas por la Comisión Nacional encargada de investigar la existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas y, al mismo tiempo, identificar de manera más profunda, cuándo es que la CNDP ha entendido que se cumplen los requisitos para poder aplicar las diferentes medidas con las que cuenta, a saber: medidas de subvención, antidumping y salvaguardias.

En el año 2004, nos encontramos con un total de tres denuncias, de las cuales una, fue presentada por la misma Comisión¹. Con fecha 4 de noviembre de 2004 como consta en el acta de la Comisión, Sesión N°266, se presentó una solicitud de salvaguardia para las importaciones de carnes de ave de gallo o gallina congelada, por parte de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G (APA), ante la cual, la CNDP decidió momentáneamente no iniciar una investigación e instruyó al Servicio Nacional de Aduanas para efectuar durante un período de sesenta días un seguimiento a las importaciones que en teoría generaban las distorsiones.

A su turno, en la misma sesión un representante del Ministerio de Agricultura, a partir de los antecedentes aportados por la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., señaló que dichos precedentes permitían constatar la existencia de un subsidio otorgado por Argentina a las importaciones de carne de ave de gallo o gallina congelada, el que se materializaba a través de la imposición de impuestos diferenciados a la exportación de los productos individualizados en los antecedentes dados por APA. Lo anterior determina que los exportadores argentinos resultasen beneficiados por una rebaja artificial de sus costos de producción y, por lo tanto, esto les permitía contar con la posibilidad de disminuir el precio de la mercancía exportada hacia Chile.

Los argumentos en torno a la existencia de un subsidio por parte del gobierno Argentino, fueron esencialmente en orden a establecer que las condiciones en que se realizan las importaciones del producto objeto de investigación estarían determinadas por la presencia

¹ El artículo 15 del Reglamento Antidistorsiones, faculta a la Comisión para iniciar una investigación de oficio en circunstancias especiales y siempre que disponga de antecedentes que así lo justifiquen, aplicando los mismos procedimientos establecidos para las investigaciones iniciadas a solicitud de parte.

de un subsidio de facto, como es el impuesto selectivo y discriminatorio a las exportaciones de soja y de maíz sin inclusión de la carne de ave, establecido por Argentina a través de las Resoluciones N°11 y N°35 decretadas por el Ministerio de Economía e Infraestructura de dicho país en marzo y abril del año 2002 respectivamente.

Del mismo modo en relación con el daño y la causalidad, de acuerdo a los datos de las Declaraciones de Ingreso del Servicio Nacional de Aduanas, se constató que en el período de enero-septiembre del año 2004 las importaciones del producto señalado, en volumen, crecieron un 532% respecto a las importaciones en el mismo período del año anterior. En los años 2003 y 2004, Argentina constituye el único origen de la mercancía importada.

Ante esto, la Comisión teniendo presente los argumentos presentados por APA y ante la insistencia del representante del Ministerio de Agricultura, que reprodujo la argumentación para solicitar una investigación, pero esta vez sobre subvenciones y no como medida de salvaguardia, como lo había planteado en un principio APA, decide por mayoría de los miembros presentes, con exclusión de los representantes del Banco Central, iniciar de oficio una investigación sobre la subvención en las importaciones de carne de ave de gallo o gallina congelada, originarias de Argentina.

Esta investigación de oficio, a pesar de que no concluye con la aplicación de una medida de subvención, muestra un hecho que es reiterado posteriormente en otra decisión por parte de la CNDP y que se puede expresar en dos ideas: en primer lugar, la votación en bloque por parte de los integrantes de la Comisión que se repite constantemente a lo largo de varias denuncias presentadas a ésta; encontrando por un lado, al bloque de los representantes del Gobierno, y por otro al bloque de los representantes del Banco Central – los que en principio son más independientes- siendo sus votaciones habitualmente disidentes; y en segundo lugar, el criterio que utiliza la CNDP en torno a rechazar en primer término una investigación que implique aplicar una medida de salvaguardia, en pos de iniciar en relación a los mismos hechos, una investigación que podría conllevar a una eventual aplicación de una medida compensatoria.

Continuaremos el análisis, con la aplicación de una medida de salvaguardia, ocurrida el día 10 de febrero del año 2005, cuando la CNDP resolvió -con el voto en contra de los representantes del Banco Central- recomendar como medida de salvaguardia definitiva, una

sobretasa arancelaria ad-valorem del 17% a las importaciones de harina de trigo².

La Asociación de Industriales Molineros del Sur A.G y la Asociación de Molineros del Centro A.G presentaron con fecha 30 de septiembre de 2004 una solicitud de salvaguardia para las importaciones de mezclas de harina clasificadas en los códigos arancelarios 1901.2010 y 1901.2090, las cuales fueron ampliada mediante la comunicación de fecha 5 de octubre de 2004, con el fin de incorporar en la solicitud, la harina de trigo, clasificada en el código arancelario 1101.0000.

La Comisión, el 4 de noviembre de 2004 analizó la admisibilidad de la solicitud, resolviendo en primera instancia -por mayoría- “no iniciar una investigación para la aplicación de salvaguardias por ahora e instruir al Servicio Nacional de Aduanas para efectuar durante un plazo de sesenta días un seguimiento a las importaciones abarcadas en los códigos arancelarios antes mencionados”, con el propósito de mantener a la CNDP informada acerca de la evolución de tales importaciones. Cabe mencionar que al igual que en el caso detallado con anterioridad la votación fue en bloque y los representantes del Banco Central consideraron que “los antecedentes presentados no ameritan el inicio de una investigación y estiman que no corresponde efectuar un seguimiento a las importaciones”³

Sin perjuicio de lo anterior, en la misma sesión N°267, y a instancias del representante del Ministerio de Agricultura, la mayoría de los miembros de la CNDP (con el voto en contra de los representantes del Banco Central) resuelven iniciar de oficio una investigación sobre subvención en las importaciones de harina de trigo y mezclas de harina procedentes de Argentina clasificadas en los códigos arancelarios 1901.2010 y 1901.2090.

Con fecha 3 de diciembre de 2004, la CNDP resuelve: “por unanimidad de los miembros presentes dar inicio a una investigación de salvaguardias para las importaciones a las harinas de trigo, clasificadas en el código arancelario 1101.0000. Más aún, se decide por la mayoría de los miembros presentes recomendar la aplicación de una sobretasa arancelaria provisional de un 17% a las importaciones de harina de trigo, clasificadas en los códigos arancelarios 1101.0000, en consideración a que los elementos disponibles permiten determinar un aumento de las importaciones que amenaza causar un daño grave inminente a la industria

² Según consta en el Acta de la Comisión, Sesión N°272.

³ Según consta en el Acta de la Comisión, Sesión N° 267.

molinera nacional bajo circunstancias críticas que justifican la recomendación de a tal medida”. Los representantes del Banco Central no concurrieron al acuerdo expresado por estimar que “los antecedentes de la industria no demuestran la existencia de circunstancias críticas”, toda vez que “las importaciones representan aún un porcentaje muy bajo del consumo interno del producto”⁴

Al igual que en el caso anterior, la Comisión que primeramente se había decidió a no iniciar una investigación ante la solicitud presentada por subvenciones, cambia de parecer y opta a iniciativa de un representante del Ministerio de Agricultura por iniciar una investigación por salvaguardias y en definitiva aplicar dicha medida, por mayoría de los miembros presentes y recomendar a su Excelencia el Presidente de la República, una sobretasa arancelaria ad-valorem definitiva del 17%.

Respecto a este cambio adoptado por la CNDP, cabe decir que la distorsión en el mercado internacional que da origen a esta solicitud de salvaguardias es un subsidio de facto a la exportación de mezclas de harina provenientes de Argentina, cuya procedencia se encuentra en la aplicación en ese país de un régimen de impuestos selectivos y discriminatorios de importación.

El solicitar a la CNDP la aplicación de medidas por vulneración del Acuerdo de Salvaguardias de la OMC o por infracción al Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias del mismo organismo, es decisorio ya que las medidas que se pueden adoptar en uno u otro caso, son de naturaleza y finalidades distintas. Esto ha sido corroborado por nuestro propio país con ocasión de la disputa que sostuvo con Argentina por las salvaguardias impuestas por este último, a las importaciones de duraznos en conserva provenientes de Chile hacia el país trasandino.⁷ En dicho caso el Grupo Especial (o Panel) le hizo la siguiente pregunta a la delegación chilena: “¿Está Chile alegando que la autoridad investigadora debe establecer que los productos están siendo importados en condiciones de competencia leal antes de imponer una medida de salvaguardia?”

Ante dicha pregunta, Chile explica que si bien la autoridad investigadora no debe establecer en su informe si los productos de un origen determinado están siendo importados

⁴ Según consta en el Acta de la Comisión, Sesión N° 268.

en condiciones de competencia leal antes de imponer una salvaguardia, dicha autoridad si está obligada a analizar las características de las importaciones de dicho origen y las condiciones en las que compiten con el producto doméstico en comparación a las características y condiciones de competencia de los otros orígenes. En este sentido, una autoridad investigadora puede perfectamente determinar si una supuesta amenaza de daño tiene su causa auténtica y sustancial en las importaciones de un origen en particular por las condiciones en las que estas importaciones ingresan a su mercado. “Si los hechos bajo investigación demuestran lo anterior, no corresponde imponer una medida de salvaguardia que se aplica en contra de las importaciones en general y sin discriminar por origen. Más aún, si esas importaciones de un origen en particular están siendo importadas en condiciones de competencia desleal, la acción a tomar debería ser una medida antidumping o un derecho compensatorio”⁵

Remediar una situación de competencia leal y legítima no es igual que corregir una situación de competencia desleal. Resulta natural y obvio que en el primero de los casos la medida de protección debe ser muy excepcional y con requisitos de una exigencia acorde a dicha circunstancia. Es decir, y más allá del discutible propósito de interferir en el comercio legítimo, la aplicación de una medida de salvaguardia bien entendida en todos sus requisitos no debiera transformarse en una herramienta más fácil o asequible que aquellas medidas destinadas a corregir el comercio desleal⁶

Analizaremos de modo más profundo ésta decisión de la CNDP, dado que a nuestro parecer, nos permite comprender de mejor manera la forma en que ésta entiende diversos conceptos que son fundamentales a la hora de aplicar una medida de salvaguardia.

En primer lugar uno de los requisitos para la aplicación de una medida de este tipo, de acuerdo al artículo XIX del GATT, es que haya un aumento de las importaciones; pero respecto a este punto cabe destacar que no basta cualquier aumento de las importaciones, sino que debe ser en tal cantidad que causen o amenacen causar un daño grave a la rama de la

⁵ Argentina- Medida de Salvaguardia Definitiva sobre las importaciones de duraznos en conserva, informe del Grupo Especial, WT/DS238/R, 14 de febrero de 2003, nota a pie de página N°281, p.46.

⁶ ROMERO, Juan José: “*Salvaguardias a la harina de trigo: una herramienta equivocada para un propósito discutible*”, Sentencias destacadas: Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile. 2005, p.162

producción nacional de productos similares. A este respecto se establece que se: “requiere que el aumento de las importaciones haya sido lo bastante reciente, lo bastante súbito, lo bastante agudo y lo bastante importante, tanto cuantitativa como cualitativamente, para amenazar con causar un daño grave”.⁷

Respecto a este punto en la decisión de la CNDP no cabe duda que hubo un aumento cuantitativo de las importaciones, ya que los datos del proceso o investigación constatan que, efectivamente, aumentó el volumen de las importaciones de harina de trigo y que estas son recientes e incluso agudas aumentando desde el año 2003 a 2004 en promedio unas 7.000 toneladas, pero la pregunta es ¿Hubo realmente un aumento cualitativo de las importaciones?, es decir, ¿La suficiencia del aumento está en relación, como se exige, con la determinación de la existencia de daño grave o amenaza del mismo? A este respecto la magnitud de las importaciones en relación a la producción nacional no es más que un 0.61%⁸

Otro de los requisitos que se debe cumplir es que debe haber un daño grave o amenaza de daño grave a la rama de la producción nacional que produce productos similares o directamente competidores. Respecto a este punto, la jurisprudencia ha entendido que debe tratarse de un “menoscabo significativo de la situación de una determinada rama de producción” En cuanto a la amenaza de daño grave, el criterio jurisprudencial de la OMC ha sido el siguiente: “Amenaza de daño grave es decir el menoscabo general significativo de la rama de producción debe estar a punto de ocurrir “ready to take place” o “be impeding, son to hapen, especially danger or disaster””⁹.

Por ende lo que se dice es que no es suficiente que se pruebe la existencia de un daño o una amenaza de éste, sino que se exige un muy alto estándar de daño, mucho mayor que en materia de dumping y subvenciones, lo cual es verificable del tenor literal al contrastar el Acuerdo sobre Salvaguardias con el Antidumping, en donde el primero exige un “daño grave” mientras el segundo un “daño importante”. Lo cual tiene lógica si se considera el carácter excepcional y de emergencia del recurso de las salvaguardias, el cual se refiere a situaciones de competencia leal, en contraste con casos de dumping o subsidios en donde se atacan casos de competencia ilegítima.

⁷ Argentina –Calzado, informe del Órgano de Apelación OMC, párrafo 131.

⁸ ROMERO Juan José “Salvaguardias...”, p.171.

⁹ Estados Unidos – Carnes de cordero, Informe del Grupo Especial, párrafo 7

Ahora bien, la Comisión por su parte confunde lo que es una amenaza de aumento de las importaciones con una amenaza de daño grave, expresando al respecto lo siguiente: “En relación con la amenaza de daño, la Comisión tiene presente que el ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones de harina de trigo, clasificadas en el código arancelario 1101.0000, en los últimos años, y la posibilidad real de que estas importaciones-sustentadas en una ventaja artificial que implica los costos de producción un 15% menores- podrían tener una incidencia negativa en los niveles de venta, la producción, la utilización de la capacidad instalada y rentabilidad de la industria molinera nacional. Asimismo, si otros destinos relevantes aplican medidas a las exportaciones de harina de trigo argentina, clasificadas en el código arancelario 1101.0000, existiría una amenaza de desviación del comercio, donde los excedentes del producto se destinen hacia Chile es aún un origen poco relevante para los exportadores de harina de trigo argentino, con solo un 5% del total de sus envíos aproximadamente”¹⁰.

Así se puede concluir que la CNDP no es temerosa del actual y efectivo aumento de las importaciones, sino que del eventual aumento futuro de las mismas. La jurisprudencia de la OMC ha sido clara en afirmar que éste criterio no es válido, puesto que no es suficiente que exista un amenaza de aumento de las importaciones para demostrar la amenaza de daño grave: “La determinación de la existencia de una amenaza de daño grave debida a la amenaza del aumento de las importaciones equivaldría a una determinación basada en una alegación o conjetura y no en una constatación basada en hecho, como lo exige el párrafo 1 b) del artículo 4”¹¹

Esta exigencia de que la amenaza no sea respecto a las importaciones, sino sobre un daño grave general a la industria propiamente tal, se encuentra en armonía con el concepto de clara inminencia que debe estar presente según la jurisprudencia de la OMC en una amenaza de daño grave y de que esta se refiera no a cualquier daño, sino a una situación de grave menoscabo general de la rama de producción nacional, exigencia respecto de la que esta situación en particular se encuentra bastante alejada.

¹⁰ Según consta en Acta de la Comisión, Sesión N° 272

¹¹ Argentina – Calzado, Informe del Grupo Especial, párrafo 8

La Comisión, al referirse a la relación de causalidad que debe existir entre un aumento de las importaciones y la existencia de daño grave actual o inminente -amenaza-, plantea que la participación de las importaciones de harina de trigo en el consumo aparente alcanza al 0.32% en el periodo enero-junio del 2004.¹² Lo que nos permite inferir que el efecto gravemente nocivo que puede tener ahora o en el futuro en las importaciones de la producción nacional, no es tal, sino que más bien es mínimo.

En virtud de todo lo expuesto, podemos concluir que la CNDP, confunde conceptos fundamentales a la hora de tomar decisiones en torno a las medidas que puede aplicar, no existiendo un correlato con lo que dictamina la OMC al respecto, pudiendo incluso, llegar a perjudicar gravemente las políticas económicas adoptadas por nuestro país; sobre todo, teniendo en consideración que la finalidad de una medida de salvaguardia consiste en proporcionar a la rama de producción nacional un lapso de protección frente a la competencia externa, y en este caso en concreto nunca hubo una mención a la existencia de un plan de ajuste de las empresas o de la industria en general, por lo que el objetivo no se cumple.

Otro caso que generó controversias en el escenario nacional, fue la decisión tomada por la Comisión, en torno a no iniciar una investigación ante una denuncia por dumping en las importaciones de carne de gallo o gallina procedentes de Argentina, presentada por la Sociedad Nacional de Agricultura -en adelante SNA-.¹³

La CNDP, luego de analizar los antecedentes presentados por la SNA, estimó que éstos eran insuficientes y decidió con votación unánime de sus miembros, no iniciar la investigación por dumping, ponderando, entre otros aspectos, el hecho de que en el año 2011 se registró una disminución de las importaciones objeto del supuesto dumping tanto en términos absolutos como relativos a la producción nacional, así como también se registró un aumento de los precios domésticos y de las ventas domésticas de las empresas representadas por el denunciante, a saber: Agrícola Ariztía Ltda., Agrocomercial AS Ltda. y Agrícola Don

¹² Según consta en el Acta de la Sesión N°272

¹³ Por las importaciones de carne de gallo gallina clasificados en los códigos arancelarios 0207.1100, 0207.1210, 0207.1290, 0207.1300, 0207.1411, 0207.1419, 0207.1421, 0207.1422, 0207.1424, 0207.1429 y 0207.1430.

Pollo Ltda.-

Por otro lado, en la misma sesión donde se discutió el caso descrito anteriormente, se deliberó respecto a una nueva denuncia por dumping relativa a las importaciones de maíz trabajado de otro modo -en adelante maíz partido- y de las demás preparaciones para la alimentación de animales que contengan un mínimo de 20% de maíz –en adelante mezclas- clasificados en el código arancelarios 1104.2300 y 2309.9090, respectivamente, procedentes de Argentina; denuncia que fue presentada por la Sociedad Nacional de Agricultura en representación de la rama de producción nacional de maíz, con fecha 22 de marzo de 2012.¹⁴

Luego de examinar los antecedentes presentados por la denunciante, donde se observó el volumen y los precios de las importaciones objeto, así como los factores que reflejaban el estado actual en la rama de producción nacional de maíz, incluyendo las ventas, los beneficios, la producción, la participación de mercado, la productividad, la utilización de la capacidad instalada, entre otros, se pudo establecer que no se contenían los elementos suficientes, tanto en el caso de las preparaciones para la alimentación de los animales que contengan un mínimo de 20 % de maíz como en el caso del maíz partido, para que la CNDP diera curso a una investigación.

Sin embargo, en esta misma oportunidad, la Comisión decidió dar inicio a una investigación de oficio de salvaguardia para las importaciones de maíz trabajado de otro modo -maíz partido- clasificadas en el código arancelario 1104.2300, basándose en los mismos antecedentes con los que con anterioridad había decidido no iniciar la investigación por dumping. Más aún, resuelven por mayoría de sus miembros, con exclusión nuevamente de los representantes del Banco Central, recomendar la aplicación de una medida de salvaguardia provisional del 10.8% a la importación de maíz partido, toda vez que se consideró que los antecedentes disponibles permitían constatar la existencia de circunstancias críticas para la rama de producción nacional que, de no ser protegida de inmediato, enfrentaría un daño difícilmente reparable.

Los miembros de la CNDP acordaron solicitar al Servicio Nacional de Aduanas un

¹⁴ Según consta en el Acta de la Sesión N°341

seguimiento de las importaciones de las demás preparaciones para alimentación animal, clasificadas en el código 2309.9090, y que mantuviera informada a la Comisión sobre la evolución de estas importaciones, de tal forma de que pudieran conocer de inmediato cualquier eventual perforación de la medida impuesta.

Esta situación, generó un problema, puesto que la Sociedad Nacional de Agricultura recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la decisión adoptada por la Comisión, en orden a rechazar la investigación que les fue solicitada, dicho recurso fue rechazado. Sin embargo, a instancias de la Corte Suprema, se revocó la decisión de la Corte de Apelaciones, y se estableció que “Constituye un poder - deber de la institución en comento el iniciar investigaciones cuando los interesados así lo soliciten, por lo cual, y tal como lo plantea el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 18.525, frente a cada denuncia formulada y que diga relación con distorsiones en los precios de las mercaderías que se transan en los mercados internacionales, dicha Comisión deberá iniciar la investigación destinada a conocer de la misma, ello pues el ejercicio de la facultad no le resulta potestativa”¹⁵

En este mismo sentido, la Ilustrísima se pronunció señalando: “Que al haber desestimado la CNDP, en una etapa previa y sin desarrollar la tarea y función que la ley le impone, dicha institución ha incurrido en un acto ilegal que ha traído como consecuencia la afectación, en grado de amenaza, de la garantía constitucional contemplada en el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de la recurrente, toda vez que sólo a partir del resultado de una investigación será posible constatar la efectividad de los hechos denunciados y frente a ello surge la posibilidad de que el Presidente de la República, previo informe favorable de la Comisión, disponga la aplicación de sobretasas arancelarias ad valorem, medidas que resultan imposible de ser adoptadas si es que no se desarrolla la pertinente investigación. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia se revoca la sentencia apelada de veintiséis de junio de dos mil doce, escrita a fojas 92 y se acoge el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 1, debiendo la Comisión Nacional encargada de investigar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas sustanciar las investigaciones derivadas de las denuncias

¹⁵ SCS de diciembre de 2012, Rol: 5591-2012,

formuladas por la Sociedad Nacional de Agricultura Federación Gremial relativas a las importaciones de maíz partido y ciertas mezclas para consumo animal y respecto de las importaciones de carnes de ave provenientes, ambas de Argentina”¹⁶.

Posterior a la sentencia de la Corte Suprema, la CNDP al verse obligada a iniciar una investigación por dumping en los casos presentados anteriormente¹⁷ y también por casos posteriores como el del 27 de marzo de 2013, decide por mayoría de los miembros presentes imponer una medida provisional de 10.8 % a las importaciones de maíz partido originarias de Argentina¹⁸.

En virtud de los casos analizados en este apartado, podemos concluir que las decisiones de la Comisión en muchas ocasiones son contradictorias y no se ajustan a los criterios que exige la OMC, motivo por el cual debió ser la misma Corte Suprema la que estableció a través de su fallo que la CNDP lo que detenta es un “poder-deber” en torno al inicio de investigaciones y no una facultad, lo que genera confusiones a la hora de la presentación de una denuncia por parte de la industria afectada. Creemos firmemente que el problema radica en el diseño institucional que posee la Comisión, puesto que no le provee de los medios técnicos idóneos y necesarios para la adopción de medidas tan relevantes como las que deben tomar, ni tampoco para el cabal entendimiento y desarrollo de su función.

¹⁶ SCS de diciembre de 2012, Rol: 5591-2012,

¹⁷ Según consta en el Acta n° 349

¹⁸ Según consta en el Acta n°351

VI. Una mirada a la estructura, funcionamiento y competencia de los Órganos más relevantes en materia de Libre Competencia.

Nos es pertinente dirigir la mirada a dos grandes órganos, creados con posterioridad a la Comisión Nacional encargada de investigar las Distorsiones en el Precio de las mercaderías importadas, a saber la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; puesto que sus funciones de protección al ejercicio libre y legítimo de la competencia y de velar por el desarrollo de un ambiente propicio para la realización de ésta, se encuentran estrechamente vinculadas con la función que se le encomienda a la Comisión en torno a la materialización de medidas efectivas para suprimir la competencia desleal; y de medidas para la protección eficiente de la industria Nacional cuando sea o pueda ser gravemente dañada aun estando en condiciones de competencia legítima.

Puesto que en el apartado anterior hemos evidenciado grandes falencias que tiene la Comisión al minuto de efectuar su cometido, basadas en su composición y en la poca capacidad y especialización técnica al momento de tomar decisiones; es que se vuelve indispensable, analizar si existen otros caminos más eficientes para llevar a cabo la importante misión que se le atribuye a ésta; caminos que se podrían concretar en los dos órganos que pasaremos a analizar.

1. Fiscalía Nacional Económica:

La Fiscalía Nacional Económica tiene su origen como tal en el Decreto Ley N° 211 del año 1973, cuya última modificación data del 13 de julio del año 2009. En él se establece que la Fiscalía es un servicio público descentralizado, que posee personalidad jurídica y patrimonio propio y que al mismo tiempo, es independiente de todo organismo o servicio. Está sometida a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Su dirección está a cargo de un funcionario denominado Fiscal Nacional Económico, el cual ejerce no sólo la jefatura superior del servicio sino también su representación judicial y extrajudicial. Éste es nombrado por el Presidente de la República mediante el proceso contemplado en la Ley 19.882 de selección de altos directivos públicos, debiendo cumplir con

todos los requisitos para ingresar a la Administración Pública y debiendo acreditar el título de abogado con más diez años de ejercicio de la profesión o bien, tres años de antigüedad en el servicio.

Además de la independencia propia de la Fiscalía, el Fiscal Nacional Económico en el ejercicio de sus funciones como tal, es independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúa, pudiendo así defender los intereses que se le encargan de manera óptima y eficaz.

El principal objetivo que le encomienda la Ley a la Fiscalía Nacional Económica, es ser la agencia nacional encargada de promover y defender la libre competencia en todos los mercados y sectores productivos; corrigiendo, prohibiendo y reprimiendo todos los atentados contra ésta en las actividades económicas. Para esto procede instruyendo investigaciones ya sea de oficio o por denuncia, solicitándole al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia - cuando en virtud del resultado de dichas investigaciones lo estime oportuno- que adopte las medidas o sanciones que correspondan, con la finalidad de eludir o reparar los efectos que los atentados en cuestión provocan; siendo la misma Fiscalía quien se asegura del cumplimiento de dichas decisiones tomadas por el Tribunal.

Así la Fiscalía, debe velar por el bienestar general de la sociedad, actuando en representación del interés público, ya que al ser un organismo especializado, tiene las facultades necesarias para evitar que agentes con alto poder de mercado, vulneren individual o conjuntamente la libertad económica.

Para proteger el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios y el bienestar de los consumidores, realiza investigaciones de todo acto, hecho o convención que imposibilite, limite o entorpezca la libre competencia. De este modo, la Fiscalía combate las prácticas colusorias, las concentraciones y los abusos por parte de quienes ostentan una posición monopólica. Además, le compete ejercer funciones consultivas a requerimiento del Tribunal de la Libre Competencia, elaborando informes en los casos donde no actúa como parte.

Estructuralmente la Fiscalía Nacional Económica, organiza su trabajo en cuatro Divisiones que corresponden a la división de fusiones y estudios; litigios; abusos unilaterales y a la división de administración y gestión. También posee un Departamento de relaciones

institucionales y una Unidad anti-carteles. Todas estas áreas desempeñan su labor de forma autónoma, quedando siempre bajo la supervisión y coordinación del Fiscal como jefe superior del servicio.

Por este motivo, el órgano cuenta con alrededor de 90 funcionarios, siendo 50 de estos de planta, como lo establece el artículo 35 del DL 211, los cuales deben cumplir con los requisitos generales para ingresar a la Administración Pública y con los requisitos especiales que este mismo artículo establece con el objeto de lograr la especialidad técnica que se requiere en virtud de las materias que son competencia de la Fiscalía, ya que el trabajo es interdisciplinario, detrás de cada defensa y promoción de la competencia, existe un equipo experto tanto en derecho como en economía.

Dentro de sus actividades, el órgano se encarga de difundir activamente los beneficios que genera la libre competencia dentro del país. En este orden, organiza y difunde diversas iniciativas dirigidas a la comunidad social, con el fin de instruir a ésta en una “cultura de competencia”.

Por otro lado, en el área internacional, participa y contribuye constantemente en foros y actividades internacionales ligadas a la legislación y políticas de libre competencia, dentro de las cuales podemos destacar su participación en el Comité Económico de la Organización para la Cooperación del Desarrollo (OECD), en el Comité Económico de la APEC, en las Naciones Unidas (UNCTAD), en el Grupo de Políticas y Derecho de la Competencia (CPLG), e incluso en la International Competition Network (ICN).

El objetivo de esto, es desarrollar y fortalecer la colaboración recíproca con otras agencias, para así recoger de sus procedimientos, las mejores prácticas internacionales en torno a la materia. A su vez, los funcionarios de la Fiscalía logran mantener sus conocimientos actualizados, recibiendo constantemente una formación altamente especializada en dicho ámbito, por parte de las mejores escuelas del país y del extranjero.

En este orden, distinguimos sólo por nombrar algunos, la participación de los funcionarios en el curso “Course for Agency Economist”, realizado la Facultad de Leyes y el Instituto de Leyes de Libre Competencia de la Universidad de Fordham; en la capacitación organizada por la Comisión Nacional de la Competencia de España, en el Annual Spring

Meeting organizada por la American Bar Association, Section of Antitrust Law, donde se trataron temas de política de competencias relativas al consumidor y las normas que los protegen; en el curso “Legal and economic issues for experienced competition authority officials and judges” impartido por la Universidad de Fordham, donde los temas debatidos por las autoridades de libre competencia y jueces, fueron políticas e investigación de casos en la materia desde la perspectiva económica y jurídica, vinculando conceptos de carteles, fusiones, conductas unilaterales, acuerdos verticales y medidas de mitigación; entre otros.

2. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

Fue creado por la Ley 19.911, cuya publicación en el Diario Oficial fue en noviembre del 2003, concretándose su instalación en mayo del 2004. Es un tribunal especial e independiente, que se ocupa exclusivamente del conocimiento de materias vinculadas a la libre competencia, sesionando de manera ordinaria y en sala tres días a la semana; forma parte del Poder Judicial, motivo por el cual, está sujeto a la supervigilancia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema de Justicia. Es de carácter colegiado por lo que su composición es mixta, constando de tres abogados y dos economistas, lo que tiene sentido absoluto en virtud del ámbito en el que se desenvuelve.

El Presidente del Tribunal, es un abogado cuya designación recae en el Presidente de la República a través de una nómina elaborada por la Corte Suprema reunida en pleno, de cinco postulantes elegidos previo concurso público. Así mismo, es el Presidente de la República quien designa a un abogado y a un licenciado o con postgrados en ciencias económicas, pero esta vez de dos ternas confeccionadas por el Consejo del Banco Central igualmente previo concurso público; por último es el mismo Consejo del Banco Central, el encargado de designar, a un abogado y un licenciado o con postgrados en ciencias económicas, basándose en un concurso público anterior.

Su principal función, es la prevención, corrección y sanción de los atentados en contra de la libre competencia en los mercados. El Tribunal, tiene la prohibición de actuar de oficio, por lo que para concretar su misión, actúa a instancias del Fiscal Nacional Económico o de cualquier particular que tenga un interés en la materia, a través de los correspondientes requerimientos o demandas, toda vez que pueda haber una situación de infracción al Decreto Ley 211, tales como abusos de posición dominante para excluir competidores o explotar otras

empresas, acuerdos colusorios entre competidores para fijar precios o repartirse el mercado, competencia desleal con el objeto de obtener una posición de dominio o de mantener ésta en un mercado particular, entre otras.

Además, fija instrucciones generales de conformidad a la ley, las cuales deberán ser consideradas en todos los actos o contratos celebrados y ejecutados por los particulares que digan relación con estas materias; por otro lado, resuelve asuntos no contenciosos en éste ámbito, a solicitud de quien tenga un interés legítimo o del mismo Fiscal Nacional Económico, referidos a la interpretación de las disposiciones del DL 211 o a hechos, actos o contratos respecto a los cuales fija las condiciones en que se deben cumplir; finalmente, propone al poder Ejecutivo a través del Ministro de Estado que corresponda, la derogación o modificación de leyes y reglamentos que no se ajusten a los principios de la libre competencia y fomenta estos últimos a través de la recomendación de leyes cuando sea necesario.

Todo esto, sin perjuicio de las facultades específicas que le otorgan las leyes especiales en ciertas materias.

La potestad sancionadora que le entrega la Ley se concreta en medidas que puede adoptar el Tribunal en sus fallos, tales como: dictaminar la modificación o disolución de sociedades, corporaciones o cualquier otra persona jurídica de derecho privado, que hubieren atentado con sus actos, contratos, convenios o acuerdos en contra de la competencia legítima; modificar o poner término a los actos, contratos, convenios o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones legales protectoras de la libre competencia; aplicar multas a beneficio fiscal de hasta veinte mil Unidades Tributarias Anuales a las personas jurídicas, sus directores, administradores o a toda persona que se haya visto involucrada; fijar medidas correctivas o prohibitivas a hechos, actos o convenciones que juzgue atentatorios a la competencia.

Finalmente, las facultades y potestades que posee la Fiscalía Nacional Económica en todas sus divisiones y áreas, encuentran sustento en la competencia y función que le otorga la Ley al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, lográndose en definitiva una real y efectiva protección de la competencia libre y legítima.

VII. Propuesta de un nuevo diseño institucional.

Atendiendo a las dificultades que tiene la Comisión en el desempeño de sus funciones, es que queremos identificar los orígenes que poseen dichas dificultades. En primer lugar, debemos observar cómo se compone la Comisión, siendo la mayoría de sus miembros representantes de los Ministerios del Gobierno de turno, esto genera que globalmente su composición sea política, lo que la transforma en recipiente de presiones de los grupos de intereses cada vez que quieren ver favorecidas sus posturas a la hora de tomar las medidas con las que cuenta.

Así las votaciones al interior de la CNDP pasan a tener un patrón similar a través del tiempo, generándose una polarización, puesto que los representantes de los Ministerios votan en bloque, generalmente a favor de la implementación de medidas que ellos mismos proponen, través de investigaciones de oficio; y los representantes del Banco Central -que logran alcanzar cierta independencia respecto del Gobierno- votan también en bloque, generalmente en contra de dichas medidas.

En segundo lugar, nos es necesario hacer referencia al aspecto técnico de la Comisión, que en la práctica está a cargo de la Secretaría Técnica, que como ya sabemos, está radicada en el Banco Central. Aquí, la función está enfocada primordialmente a verificar el cumplimiento de la legislación internacional vigente de la OMC aplicable en Chile, objetivo que no es cumplido a cabalidad, puesto que en los informes que genera la Secretaría -tal y como quedó demostrado en el apartado V- no se alcanzan los estándares de exigencia de los requisitos que prescriben tanto la legislación como la jurisprudencia internacional, más aún, se hace una interpretación errónea de conceptos fundamentales, tales como aumento de las importaciones, daño, daño grave, amenaza de daño grave, entre otros, lo que lleva a una total confusión de éstos.

Consideramos que este inconveniente se genera producto de que ni los miembros que conforman la Secretaría en particular y ni los miembros que conforman la Comisión en general, tienen una formación técnica especializada para tratar las materias que les competen, ni mucho menos para tomar las decisiones que imparten, de este modo se ven inmersos en un terreno específico para el cuál no fueron capacitados.

El proceso de investigación que culmina en la adopción o rechazo de una medida antidumping o de derechos compensatorios o de salvaguardias, se ve viciado desde un principio, ya que el informe carece de la precisión y profundidad necesaria para abordar estos asuntos técnicos y los miembros carecen de la instrucción técnica para analizar dicho informe y para decidir en torno a él.

En este sentido se pronuncia el académico Juan José Romero, estableciendo que: “en el plano político, particularmente en materia de salvaguardias, que implican, en último término, transferencia de recursos de un sector ganador o beneficiado a otro perdedor, tampoco puede afirmarse que tal institucionalidad ha respondido bien. Lo óptimo es que sólo una vez que se haya despejado la parte técnico jurídica y en el supuesto que se haya determinado que las medidas solicitadas han superado positivamente los requisitos jurídicos exigibles, se debiera entrar al examen de un segundo esta que cuente con un mayor grado de discreción y se realice bajo el prisma de que sería más conveniente para el país desde el punto de vista de las políticas públicas.

Este problema, suele llevar a una determinación técnicamente equivocada en los casos particulares, pudiendo tener como consecuencia que se lleguen a instancias de disputa ante los órganos de apelación que posee la OMC para tratar estos casos. Incluso, en el ámbito nacional, las decisiones de la Comisión en torno a dar inicio o no a las investigaciones a solicitud de particulares, ya se han visto sometidas a revocación por parte de la Excelentísima Corte Suprema, teniendo que ser ésta la que fije el alcance y sentido de sus deberes y facultades.

La necesidad de una reestructuración de la Comisión es evidente ya que no está a la altura de los conceptos de Economía y Libre competencia que se vienen perfilando desde los años 90' y de esto hace eco la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado conocida como Comisión Jadresic la cual sostiene que “si bien desde un punto de vista práctico representa un importante aporte la Comisión y su Secretaría en materia de recursos, resulta difícil su justificación más allá de consideraciones históricas y prácticas. Desde el punto de vista de la racionalidad de la asignación de responsabilidades, la actual participación del Banco Central, a través de la Secretaría Técnica y sus representantes en la

Comisión, no se condice con el rol constitucional asignado al órgano emisor”¹⁹

Basándonos en este análisis es que nuestra propuesta está enfocada no en la reestructuración de la Comisión, sino que más bien en la eliminación de ésta, entregándole las funciones y competencias por una parte a la Fiscalía Nacional Económica y por otra al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La elaboración del informe técnico quedaría en manos de la Unidad Internacional de la Fiscalía Nacional, estando siempre bajo la supervigilancia y dirección del Fiscal Nacional Económico. La decisión basada en dicho informe, respecto a la adopción o rechazo de las medidas antidumpings o de derechos compensatorios que se dan en un contexto de competencia desleal y que tienen un carácter exclusivamente técnico, estaría sujeta a la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que seguiría actuando siempre a instancia del Fiscal Nacional con la presentación de un requerimiento basado en los antecedentes del informe previamente elaborado.

Ahora bien la decisión en torno a la adopción de medidas de salvaguardias, considerando que se toman en contexto de competencia leal y legítima, y al mismo tiempo responden más a un criterio político que técnico, siendo una válvula de escape para lograr la protección por un tiempo determinado de un sector económico que se ve o se puede ver gravemente dañado, podría ser adoptada por el Presidente de la República, siendo igualmente presentada por el Fiscal Nacional Económico a través del informe de la Unidad Internacional.

Esta propuesta la fundamentamos en primer término en la composición de la Fiscalía Nacional Económica que no se basa en consideraciones políticas de Gobierno sino que en mecanismos de selección de alta dirección pública, en el cumplimiento de requisitos para ingresar a la Administración pública y en el cumplimiento de condiciones que la propia Ley del órgano exige con el objeto de lograr la especialidad técnica que sus funciones le demandan.

En segundo término, en el hecho de que tanto el Fiscal Nacional Económico como todos los miembros de la Unidad Internacional de la Fiscalía Nacional Económica son

¹⁹ JADRESIC, Alejandro; BLANOT, Vivianne; y SAN MARTIN, Gregorio (2001): *“La nueva Regulación; Informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado”* p.108.

idóneamente formados en las materias técnicas que les compete, estando constantemente actualizados en las prácticas de libre competencia y comercio internacional, a través de la participación en foros y actividades relativa a éste ámbito.

En tercer lugar, en que el contexto de la creación tanto de la Fiscalía como del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia responde a la necesidad de modernización de la institucionalización del Estado, acorde a los cambios culturales y económicos a nivel global, respecto de los cuales la Comisión se ve absolutamente obsoleta.

Por último, en el hecho de que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, desde su composición en adelante garantiza la independencia e imparcialidad necesaria para la adopción de las decisiones en torno a las medidas antidumpings y de derechos compensatorios, alejado de las presiones que los grupos en posición de poder puedan ejercer para verse beneficiados como actualmente ocurre en la Comisión.

De este modo, los órganos nombrados se vuelven idóneos para efectivamente desempeñar las funciones y objetivos que se le atribuyen a la Comisión.

VIII. Conclusiones respecto a la institucionalidad y la eficiencia de su funcionamiento.

1. La creación de la Comisión Nacional encargada de investigar las Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas, tiene su origen como tal a principio de los años 90', donde el contexto nacional económico estaba marcado por las primeras firmas de Tratados de Libre Comercio, contexto para el cual la Comisión era bastante competente en el desempeño de sus funciones.
2. El desarrollo de la globalización, sumado a los avances en la tecnología trae como consecuencia la adopción por parte de Chile de múltiples tratados bilaterales y multilaterales en materia económica, generando la internacionalización de las relaciones comerciales, donde el tráfico de la más diversa mercancía a través de la importación y la exportación se vuelven cotidianas.
3. En el nuevo escenario económico tanto nacional como internacional, la Comisión no logra desempeñar sus funciones de manera óptima, debido a que su composición, su falta de especialización técnica y de imparcialidad no se lo permiten
4. Surge la necesidad de contar con órganos especializados en la materia para contrarrestar las desviaciones que pueda tener la libre competencia, motivo por el cual nace la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
5. La Comisión no logra compatibilizar la aplicación de medidas de antidumpings, de derechos compensatorios y de salvaguardias con los criterios que establece el TDLC y con los objetivos que traza la Fiscalía Nacional Económica, quedando desfasada respecto a éstos.
6. Proponemos la eliminación de la CNDP y el traspaso de sus funciones a órganos más competentes a la hora de velar por la protección de la libre y legítima competencia y de los competidores.

7. Debido a la forma de composición, a la alta especialización técnica de sus miembros, a la constante actualización en los conocimientos respecto a la materia de dichos miembros, al óptimo desarrollo de sus funciones y competencias, y a la independencia e imparcialidad que poseen es que sugerimos como organismos idóneos a la Fiscalía Nacional Económica y al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para concretar las funciones que actualmente se le encomiendan a la Comisión.

Bibliografía.

1. BERNEDO, Patricio (2013): *“Historia de la libre competencia en Chile 1959 – 2010”*, Ediciones Fiscalía Nacional Económica, Santiago de Chile.
2. Comisión Nacional encargada de investigar las distorsiones de los precios de las mercaderías importadas. Actas de sesión 266, 267, 268, 272, 341, 349, 351. Disponibles en www.cndp.cl (fecha consulta: 5 -10-2014).
3. Informe del Grupo Especial, Argentina-Medidas de salvaguardia definitiva sobre la importación de duraznos en conserva, WT/DS238/R, adoptado el 14 de febrero de 2003.
4. JADRESIC, Alejandro; BLANOT, Vivianne; y SAN MARTIN, Gregorio (2001): *“La nueva Regulación; Informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado”*, Dolmen.
5. LEE, Yong-Shik (2002): “Safeward measures: why are they not applied consistently with the rules? – Lessons for competent National Authorities and Proposals for the Modifications of the Rule on Safeguards”, *Journal of World Trade*.
6. Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección General de Relaciones Económicas. *Guía para el exportador “medidas para defensa comercial: derechos antidumping, derechos compensatorios y salvaguardias.”*, Noviembre 2013.
7. Ministerio de Hacienda, *“Reglamento antidistorsiones”*. 22 de marzo 2013.
8. ROMERO, Juan José (2005): *“Salvaguardias a la harina de trigo: una herramienta equivocada para un propósito discutible”*, Sentencias destacadas: Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile.

9. ROMERO, Juan José (2005): *“Regulación de una Cláusula de Escape a la Competencia Internacional: El caso de las salvaguardias”*, en Actas de las II Jornadas de Derecho de la Empresa, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.