

EL CONTROL DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS TRANSFRONTERIZAS EN LA COMUNIDAD ANDINA

THE CONTROL OF ANTICOMPETITIVE CROSSBORDER BEHAVIORS IN THE ANDEAN COMMUNITY

Hugo R. Gómez Apac¹

Palabras clave

Comunidad Andina. Área de libre comercio. Defensa de la competencia. Dumping. Prácticas colusorias horizontales y verticales. Abuso de posición de dominio. Procedimiento administrativo sancionador supranacional. Secretaría General de la Comunidad Andina. Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia. Autoridades nacionales de defensa de la libre competencia. Programa de clemencia. Procedimiento de control previo de las concentraciones empresariales anticompetitivas con efecto transfronterizo.

Key words

Andean Community. Free trade area. Competition policy. Dumping. Horizontal and vertical concerted practices. Abuse of dominant position. Supranational sanctioning administrative procedure. General Secretariat of Andean Community. Andean Committee of Free Competition. National authorities of free competition. Leniency program. Control procedure of cross-border mergers.

Resumen

El presente artículo explica la importancia de la defensa de la libre competencia al interior del proceso de integración subregional andino, así como la evolución de las leyes andinas de defensa de la competencia, evidenciando las incoherencias e inconsistencias que presentaron las tres

¹ El presente trabajo académico fue elaborado en enero de 2020.

primeras de dichas leyes (las Decisiones 45, 230 y 285). A continuación expone con bastante detalle el contenido de la ley andina vigente, la Decisión 608 del año 2005, que aprueba Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, citando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que se ha pronunciado sobre determinadas disposiciones de la referida ley, y advirtiendo que su texto omite el tratamiento de dos importantes temas: el programa de clemencia y un procedimiento de control previo de las concentraciones empresariales con efecto transfronterizo.

Summary

This article explains the importance of the defense of free competition within the Andean integration process, as well as the evolution of the Andean competition laws, evidencing the incoherence and inconsistencies of the three first of such laws (Decisions 45, 230 and 285). The following is a detailed explanation of the content of the current Andean law, Decision 608 of 2005, which approves Rules for the protection and promotion of free competition in the Andean Community, quoting the jurisprudence of the Andean Tribunal that has ruled on specific provisions of the said law, and noting that its text omits the treatment of two important issues: the leniency program and the control procedure of cross-border mergers.

Índice

1. Introducción. 2. El proceso de integración subregional andino. 3. El artículo 93 del Acuerdo de Cartagena. 4. La evolución de las leyes andinas de defensa de la competencia. 5. La Decisión 608 (Abril, 2005). 6. Conclusiones. 7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú conforman un proceso de integración económica y social denominado Comunidad Andina, el proceso de integración más longevo y exitoso de Sudamérica, el cual nació con la firma del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969, y que tiene por objeto lograr el desarrollo equilibrado y armónico de sus países miembros con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.²

El presente trabajo menciona el rol que cumple la defensa de la competencia al interior del proceso de integración subregional andino; la función del artículo 93 del Acuerdo de Cartagena, que es la norma andina de rango constitucional vinculada a la competencia económica; narra brevemente la evolución de las leyes andinas que desarrollaron lo establecido en el referido artículo 93; y explica el contenido de la Decisión 608 – Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina³, mencionando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA** o **Tribunal Andino**) que se ha pronunciado con relación al contenido y alcances de determinadas disposiciones de la Decisión 608.

Con relación al último tema, se explicará la finalidad de la Decisión 608; su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo; las conductas anticompetitivas transfronterizas y su análisis; la naturaleza del procedimiento de investigación y el rol de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, la **SGCA**), del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, el **Comité**) y de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia; las medidas correctivas y las sanciones; los plazos de prescripción; y, para terminar esta sección, una mención sobre dos importantes temas ausentes en la Decisión 608: el programa de clemencia (propio del control de conductas) y un procedimiento de control previo de las concentraciones empresariales anticompetitivas con efecto transfronterizo (o control de estructuras).

² Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, codificado por la Decisión 563, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 940 del 1 de julio del 2003.

³ La Decisión 608 fue aprobada el 29 de marzo de 2005 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1180 del 4 de abril del 2005.

2. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN SUBREGIONAL ANDINO

La Comunidad Andina nació hace más de medio siglo con la finalidad de crear un mercado común latinoamericano. Lamentablemente dicho objetivo aún no se ha cumplido. Lo que hoy tenemos es un área de libre comercio entre sus cuatro países miembros, de modo que falta concretar una unión aduanera (lo que requiere ponerse de acuerdo respecto de un arancel externo común) para recién llegar al mercado común, escenario en el que no solo hay libre comercio y una unión aduanera, sino también libre movilidad de personas y capital. El siguiente paso, de darse algún día, sería la unión económica, caso en el cual habría una sola moneda y armonización de las políticas macroeconómicas, que es el ejemplo de la Unión Europea.

Dado que hay un área de libre comercio, la idea es que los productos originarios de los países miembros circulen al interior del mercado subregional andino libremente, sin pagar aranceles, sin gravámenes, sin obstáculos, sin restricciones, sin limitaciones⁴. Se trata de un mercado ampliado en el que compiten las empresas localizadas en los cuatro países. Los principales beneficiados, qué duda cabe, son los consumidores andinos, al tener a su disposición una mayor variedad de productos a su alcance, compitiendo en precio y calidad. Así, un consumidor bogotano que acude al supermercado buscando chocolates, debería poder elegir entre marcas colombianas, ecuatorianas, peruanas y bolivianas, y sobre la base del precio, sabor y calidad, elegir la que más se adapta a sus preferencias y capacidad de gasto.

Para que el libre comercio beneficie a todos los consumidores andinos el proceso de integración busca garantizar que ni los gobiernos ni las empresas restrinjan la competencia al interior del mercado subregional. En el caso de los gobiernos, estos están obligados a asegurar la libre circulación de las mercancías provenientes de otro país miembro, constituyendo un incumplimiento de sus obligaciones comunitarias el establecer aranceles, gravámenes, cuotas de importación o cualquier otra medida (fiscal o administrativa) restrictiva que impida, obstaculice o encarezca la importación de productos provenientes de otro país miembro. Tratándose de las empresas, estas están obligadas a respetar un marco de libre competencia que asegure la circulación libre y sin distorsiones de las mercancías, por lo que está prohibido restringir o

⁴

Lo mismo cabe hablar respecto de los servicios.

distorsionar el comercio mediante conductas anticompetitivas transfronterizas, sea en la modalidad de abuso de posición de dominio o de prácticas colusorias (acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas) horizontales (entre empresas competidoras) o verticales (entre empresas ubicadas en diferentes niveles de la cadena de fabricación-distribución-comercialización).

Constituye una restricción al libre comercio dañina para los consumidores andinos el elevar artificialmente el precio de los productos importados provenientes de otro país miembro, ya sea que dicha elevación la haga el gobierno a través de aranceles, medidas de salvaguardia o procedimientos administrativos aplicables a dichas importaciones, o la hagan las empresas exportadoras a través de un acuerdo de fijación de precios o limitación de la producción. De igual forma, es nocivo para los consumidores andinos obstaculizar el ingreso de las importaciones provenientes de otro país miembro, ya sea que el obstáculo provenga de alguna medida gubernamental (cuota de importación, medida fitosanitaria, etc.) o de una decisión empresarial (limitación de la producción, reparto de mercados, boicot, negativa injustificada de contratar, entre otros).

La libre competencia es un principio rector del proceso de integración subregional andino, y como tal orienta a las autoridades legislativas y administrativas de los países miembros de la Comunidad Andina en la dación de sus políticas públicas. También constituye un bien jurídico merecedor de tutela que garantiza a los consumidores andinos gozar de los beneficios que el libre comercio genera: productos y servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y de acceso más fácil.

3. EL ARTÍCULO 93 DEL ACUERDO DE CARTAGENA

Elementos medulares del proceso de integración subregional andino son el Programa de liberación de bienes⁵, el cual tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios de cualquier país miembro, y el Marco general de principios y normas cuyo objetivo es lograr la liberación progresiva del comercio intrasubregional de los servicios mediante la eliminación de las medidas restrictivas⁶. Tanto el Programa de liberación

⁵ Regulado en los artículos del 72 al 78 del Acuerdo de Cartagena.

⁶ Regulado en los artículos 79 y 80 del Acuerdo de Cartagena, y en la Decisión 439 - Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de

de bienes como el Marco general de liberación progresiva de los servicios propician la existencia de un área de libre comercio al interior de la Comunidad Andina. Si bien no existe una unión aduanera (con arancel externo común) ni un mercado común, existe un área de libre comercio entre los cuatro países miembros que permite a los empresarios andinos ampliar sus mercados de destino y a los consumidores andinos una mayor provisión y elección de productos y servicios.

Dado el interés en promover un mercado común a partir de una zona de libre comercio, y considerando que la defensa de la libre competencia ayuda a impulsar la integración económica al combatir los abusos de posición dominante que imponen barreras que dificultan el libre comercio, o las prácticas colusorias que distorsionan dicho comercio, el Acuerdo de Cartagena contempla reglas vinculadas a la competencia comercial, lo que se aprecia en su artículo 93⁷ que se cita a continuación:

«CAPÍTULO X COMPETENCIA COMERCIAL

Artículo 93.- Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como ‘dumping’, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones.

Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien.»

Si bien la norma transcrita no menciona de manera expresa conductas anticompetitivas (prácticas colusorias y abuso de posición de dominio), es claro que se refiere a ellas, o al menos a algunas de ellas. «Manipulación indebida de precios» puede referirse perfectamente a aquellos acuerdos que tienen por objeto o efecto la alteración de los precios en el mercado,

Servicios en la Comunidad Andina, aprobado por la Comisión de la Comunidad Andina el 11 de junio de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 347 del 17 de junio de 1998.

⁷ Según la Codificación efectuada mediante la Decisión 563.

así como a casos de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación de precios. «Maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas» alude fácilmente a prácticas de boicot —canalizados a través de acuerdos horizontales o verticales destinados a buscar la salida (o impedir la entrada) de competidores—, así como también a acuerdos que restringen la producción (de materias primas). «Otras de efecto equivalente» permite incorporar otras prácticas colusorias o de abuso de posición de dominio que tengan un efecto equivalente: la restricción a la libre competencia.

Posiblemente habría sido ideal que en lo relativo a la defensa de la libre competencia el Acuerdo de Cartagena de 1969 hubiera tenido artículos como los que tenía el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea⁸ de 1957, que claramente tipificaba en sus primigenios artículos 85 y 86⁹ las conductas anticompetitivas, diferenciando aquellos casos que constituyen prácticas colusorias de los que califican como abuso de la posición de dominio¹⁰. No debemos olvidar que hacia 1969 los países

⁸ Hoy llamado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea suscrito el 13 de diciembre de 2007.

⁹ Actualmente los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁰ **Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado el 25 de marzo de 1957.-**

«Artículo 85

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

miembros de la Comunidad Andina, con excepción de Colombia¹¹, no tenían propiamente leyes de defensa de la libre competencia, por lo que debemos darnos por satisfechos con lo poco que se dice al respecto en el artículo 93 del Acuerdo de Cartagena.

Resta señalar que el mencionado artículo 93, bajo el epígrafe de «competencia comercial», busca corregir dos tipos de prácticas: (i) las

-
2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.
 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
 - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
 - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
 - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 86

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente los precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.»

¹¹ Es el caso de la Ley 155 de 1959 del 24 de diciembre de 1959, por la cual se dictaron disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

conductas anticompetitivas (el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales) y (ii) el dumping. Dos materias autónomas, con principios y metodologías de análisis distintos. Como se apreciará en el siguiente acápite, el hecho de que ambos temas fueran tratados en un mismo artículo del Acuerdo de Cartagena originó que las primeras leyes andinas de defensa de la libre competencia aplicaran instituciones propias del control del dumping al análisis y corrección de las prácticas restrictivas de la libre competencia, generando incoherencias e inconsistencias en materia de política de competencia.

4. LA EVOLUCIÓN DE LAS LEYES ANDINAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

4.1 La Decisión 45 (Diciembre, 1971)

El artículo 93 del Acuerdo de Cartagena empieza su texto señalando que antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **Comisión**¹²) adoptaría, a propuesta de la Junta del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **Junta**¹³), las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión andina.

En cumplimiento de dicho mandato, la Comisión, en su sexto periodo de sesiones extraordinarias, llevadas a cabo entre el 9 y 18 de diciembre de 1971, aprobó la Decisión 45, denominada «Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión».

La parte considerativa de la Decisión 45 reconocía que no había suficiente experiencia acerca de las situaciones que podían presentarse como consecuencia de prácticas con aptitud para distorsionar la competencia en la subregión; y que por tanto era necesario acumular experiencia con el fin de disponer de elementos de juicio que permitieran definir con precisión las mencionadas prácticas y establecer los tratamientos requeridos en cada caso. No entendemos por qué los que proyectaron la Decisión 45 en 1971 no recogieron la jurisprudencia proveniente de los Estados Unidos de

¹² Hoy llamada Comisión de la Comunidad Andina.

¹³ La predecesora de la SGCA.

América, cuya Corte Suprema tenía a dicha fecha 74 años de experiencia en materia de defensa de la competencia¹⁴.

En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, el artículo 1 de la Decisión 45 centraba su atención en las prácticas que podían distorsionar la competencia dentro de la subregión, ya sea desde el territorio de los países miembros o desde el territorio de un tercer país. Es claro que se trataban de prácticas transfronterizas. Su artículo 2 listaba las prácticas con aptitud para distorsionar la competencia: el dumping¹⁵, las manipulaciones indebidas de precios, las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. La Decisión 45 no aportó nada en cuanto a una mejor identificación de las prácticas con aptitud para distorsionar la competencia. Su artículo 2 se limitó a listar las prácticas que ya se encontraban mencionadas en el artículo 93 del Acuerdo de Cartagena.

¹⁴ Así, por ejemplo, los casos *Trans-Missouri Freight Association* (1897); *Joint Traffic Association* (1898); *Addyston Pipe & Steel Co.* (1899); *Northern Securities Co.* (1904); *Standard Oil Co. of New Jersey* (1911); *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* (1911); *American Tobacco Company* (1911); *Chicago Board of Trade* (1918); *Board of Trade of City of Chicago* (1918); *United Shoe Machinery Co.* (1918); *Colgate & Co.* (1919); *American Column & Lumber Co.* (1921); *Southern Pacific Co.* (1922); *Sinclair Refining Co.* (1923); *Trenton Potteries Co.* (1927); *Interstate Circuit, Inc.* (1939); *Socony-Vacuum Oil Co.* (1940); *International Salt Co.* (1947); *Columbia Steel Co.* (1948); *Paramount Pictures, Inc.* (1948); *Timken Roller Bearing Co.* (1951); *Northern Pacific R. Co.* (1958); *Northern Pacific Railway Co.* (1958); *Brown Shoe Co.* (1962); *Brown Shoe Co.* (1966); *Procter & Gamble Co.* (1967); *Arnold, Schwinn & Co.* (1967), entre otros.

¹⁵ Según el artículo 3 de la Decisión 283, Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios, aprobada por la Comisión el 21 de marzo de 1991, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 del 4 de abril de 1991, una importación se efectúa a precio de dumping cuando su precio de exportación es menor que el valor normal de un producto similar, destinado al consumo o utilización en el país de origen o de exportación, en operaciones comerciales normales.

De conformidad con lo establecido en el numeral 2.1 del artículo 2 del Acuerdo Relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, un producto es objeto de dumping cuando se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.

Los artículos 3 al 7 regulaban el aspecto procedimental. A diferencia de la norma actual (la Decisión 608), que acertadamente permite que una empresa denuncie a otra empresa por la comisión de una conducta anticompetitiva transfronteriza en el marco de un procedimiento administrativo sancionador supranacional, la Decisión 45 establecía un esquema de disputa entre países miembros, de modo que el país miembro afectado por la práctica planteaba su queja ante la Junta, la cual corría traslado al país miembro desde cuyo territorio se había realizado la práctica materia de queja. Solo si los países no llegaban a un arreglo directo, la Junta evaluaba la posibilidad de dictar medidas para corregir la situación presentada. La Decisión 45 no contemplaba la posibilidad de sancionar a la empresa o empresas que habían cometido la conducta distorsionadora de la competencia.

Los artículos 8 y 9 regulaban lo referido a las medidas que podía eventualmente dictar la Junta. Lo que establecía la norma andina de esa época es que la Junta podía autorizar a los países miembros afectados a imponer gravámenes y/o restricciones de carácter discriminatorio a las importaciones de los productos que eran objeto de la distorsión de la competencia. Frente a una conducta que distorsionaba la competencia, la Decisión 45 proponía elevar los precios de los productos provenientes del país miembro donde se había desarrollado la práctica o impedir su ingreso al país afectado, lo que evidentemente hubiera agravado la situación de los consumidores del país afectado (consistente en pagar un mayor precio por el producto importado o verse privado de él); es decir, un contrasentido en términos de política de competencia. La finalidad de defender la competencia es proteger el bienestar de los consumidores, no reducirlo. Las medidas previstas en el artículo 8 de la Decisión 45 no mejoraban el bienestar de los consumidores, lo empeoraban. Era un contrasentido en término de defensa de la competencia el considerar como una medida correctiva que los precios suban a través de gravámenes (por ejemplo, aranceles) o restringir el ingreso de productos provenientes de otro país. El error plasmado en la Decisión 45 tenía su origen en haber mezclado dos asuntos de naturaleza diferente: la defensa de la competencia y la corrección del dumping.

El dumping ocurre cuando un producto se exporta (hacia un país de destino) a un menor precio que el que se vende (el mismo producto o uno similar) en el país (o mercado) de origen. Dicho en otros términos, cuando una empresa exporta sus productos a otro país (mercado de destino) a precios menores a los que son comercializados en su mercado interno (mercado o país de origen). Así, el margen dumping es la diferencia entre

el precio de exportación del producto y el valor normal de ese producto en el país de origen, de conformidad con operaciones comerciales normales. Entendido así el dumping, esta práctica se corrige con derechos antidumping, los cuales evidentemente incrementan el precio del producto importado. Dado que el dumping es una conducta de competencia desleal que supone exportar productos al país de destino productos a precios menores que los vendidos en el país de origen, tiene sentido corregir dicha distorsión elevando el precio del producto con el objetivo de eliminar el margen de dumping. Dicha elevación del precio hoy se realiza con los llamados derechos antidumping, siendo entendible que en 1971 dichas medidas fueren comprendidas dentro del concepto genérico de “gravámenes”. En consecuencia, si bien tenía sentido castigar las prácticas de dumping con la imposición de gravámenes que eliminen el margen de dumping, carecía de sentido corregir una conducta anticompetitiva, como es el caso de un acuerdo de precios, incrementando el precio del producto importado —a través de gravámenes— proveniente del país donde se tomó el acuerdo de precios.¹⁶

Resta señalar que el artículo 15 de la Decisión 45 mencionaba que sobre la base de la experiencia que hubiera resultado de la aplicación de dicha norma, la Comisión aprobaría, a propuesta de la Junta, elementos básicos que permitirían caracterizar las prácticas que distorsionen o puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión, así como nuevas normas que hubieran sido necesarias para prevenir o corregir dichas prácticas.

4.2 La Decisión 230 (Diciembre, 1987)

Durante su cuadragésimo sexto periodo de sesiones ordinarias, realizado entre el 10 y 11 de diciembre de 1987, la Comisión aprobó la Decisión 230 denominada al igual que su predecesora «Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión», sustituyendo a la Decisión 45.

¹⁶ Asumamos que el producto importado proveniente de otro país miembro tenía el precio de 10 unidades en un escenario de competencia, y con el cártel de exportación (acuerdo de precios tomado en el país miembro exportador; es decir, en el mercado de origen) el precio se elevaba a 20 unidades. Carecía de toda lógica que el país importador corrigiera la conducta anticompetitiva estableciendo un arancel de 50% que elevara el precio del producto en cuestión a 30 unidades. Una política de competencia correctamente entendida buscaría que los consumidores del país miembro importador paguen 10 unidades, y no 30, por el producto importado.

El artículo 1 de la Decisión 230 repitió las modalidades de prácticas previstas en el artículo 2 de la norma sustituida que, como se ha explicado, simplemente recogía el tenor del artículo 93 del Acuerdo de Cartagena. También al igual que su predecesora, la Decisión 230 contemplaba un esquema de disputa entre países miembros, con la siguiente particularidad: el país miembro reclamante presentaba su queja mediante un formulario tipo (Anexo a la Decisión 230) ante la Junta, la cual, si apreciaba que el formato estaba adecuadamente llenado, corría traslado al país reclamado. El artículo 4 establecía que la Junta debía convocar a los países involucrados en la controversia a una reunión para procurar una solución directa entre ellas. Esta solución podía concretarse en el retiro del reclamo del país solicitante, o bien en el compromiso asumido por el país desde el cual se realizaban las prácticas de eliminar o atenuar las distorsiones motivos del reclamo, siempre que dicho compromiso hubiere sido aceptado por el país reclamante.

La novedad más importante estaba en lo estipulado en los artículos 2¹⁷ y 7 de la Decisión 230. Este último establecía que la Junta debía tener en cuenta la existencia de pruebas respecto de:

- a) La existencia de las prácticas que distorsionaban la competencia;
- b) La existencia de un perjuicio grave o amenaza de un perjuicio grave derivado de las referidas prácticas; y,
- c) La relación de causa a efecto entre las prácticas y el perjuicio grave o la amenaza de perjuicio grave.

Para identificar la existencia de una conducta anticompetitiva (abuso de posición de dominio, o práctica colusoria horizontal o vertical) no se requiere probar el perjuicio grave o amenaza de perjuicio grave derivado de la mencionada conducta, como tampoco la relación de causa efecto entre la conducta anticompetitiva y el perjuicio grave o amenaza de perjuicio grave. Esta clase de análisis (de causalidad) es propio de las investigaciones de las prácticas de dumping¹⁸, no de las restricciones a la

¹⁷ El artículo 2 de la Decisión 230 tenía como ámbito de aplicación objetivo a prácticas con efectos transfronterizos.

¹⁸ La autoridad analiza si ha existido o no dumping y, de haber existido, el margen de dumping; luego evalúa el daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional; y termina verificando la relación de causalidad entre las importaciones objeto de dumping y el daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional.

libre competencia. Se aprecia la influencia de la metodología de análisis de la fiscalización de las prácticas de dumping al control de las conductas anticompetitivas.

Es más, podríamos afirmar que la Decisión 230 estaba más pensada en corregir el dumping que las conductas anticompetitivas. Su artículo 9 establecía que para las comparaciones de precios en forma equitativa, estas se realizarían en el mismo nivel comercial, generalmente el precio «ex fábrica», y las transacciones se analizarían sobre la base de las ventas efectuadas en las fechas más próximas posibles y debían contemplar, según las circunstancias particulares, las diferencias en las condiciones de venta, las de tributación y aquellas otras que influían en la comparación de precios, lo que es natural en una investigación de prácticas de dumping. Su artículo 10 preceptuaba que cuando no existía un precio de exportación o cuando a juicio de la Junta dicho precio no era confiable, el precio de exportación podía calcularse sobre la base del precio al que los productos importados se revendían por primera vez a un comprador independiente, o sobre una base razonable que determinara la Junta, lo cual también corresponde a la naturaleza de una investigación de prácticas de dumping.

En cuanto a la corrección de la distorsión de la competencia, la Decisión 230 seguía pensando en términos de corregir una práctica de dumping y no una conducta anticompetitiva. Prueba de ello, su artículo 14 señalaba que las medidas correctivas comprenderían, de preferencia, la aplicación de gravámenes o derechos antidumping, equivalentes o inferiores al margen o magnitud de las distorsiones detectadas, aplicables en el territorio del país miembro importador reclamante o en el país miembro donde se hubiera dado la distorsión, a las importaciones objeto de la práctica.

La Decisión 230 no contemplaba un procedimiento sancionador de investigación de conductas anticompetitivas transfronterizas, como tampoco un esquema de sanciones, que son el tipo de medida que permite disuadir la comisión de una conducta restrictiva de la libre competencia.

4.3 La Decisión 285 (Abril, 1991)

En marzo de 1991 la Comisión consideró que lo referido al dumping debería recibir un tratamiento normativo distinto al de las prácticas restrictivas de la libre competencia. Así, mediante Decisión 283 de fecha 21 de marzo de 1991, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 del 4 de abril de 1991, se aprobaron las «Normas para

prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios». Ese mismo 21 de marzo se aprobó la Decisión 285, publicada en la referida gaceta, mediante la cual se aprobaron las «Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia».

El artículo 3 de la Decisión 285 recogía dos tipos de prácticas restrictivas de la libre competencia. Por un lado, los acuerdos, las actuaciones paralelas o las prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Por el otro, la explotación abusiva por una o más empresas de su posición de dominio en el mercado. El artículo 4 tipificaba como modalidades de práctica colusoria la fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto de mercados, el trato discriminatorio, la venta atada y otros de efectos equivalentes. Su artículo 5 tipificaba como modalidades de abuso de posición de dominio la imposición de precios, la limitación de la producción, la negativa injustificada de contratar, el trato discriminatorio, la venta atada y otros de efectos equivalente.

El artículo 2 de la Decisión 285 excluía de su ámbito de aplicación objetivo las prácticas que llevaban a cabo una o más empresas situadas en un solo país miembro pero que no tuvieran efectos en la subregión, caso en el cual se aplicaba la legislación nacional respectiva.

Conforme lo establecía su artículo 6, estaban facultados para presentar denuncias no solo los países miembros, sino también la empresa o empresas que tuvieran interés legítimo, en la medida que lo permitieran las legislaciones nacionales. Sus artículos 8, 9 y 10 desarrollaban con mayor propiedad y amplitud que las normas andinas predecesoras las facultades de investigación de la Junta. En el curso de la investigación, la Junta podía convocar de oficio o a petición de parte de cualquiera de los interesados, a reuniones con el propósito de procurar una solución directa y cuyos compromisos y resultados quedarían consignados en acta.

Si bien la Decisión 285 tenía disposiciones acordes con una moderna política de competencia (por ejemplo, tipificando correctamente las conductas anticompetitivas), arrastró el defecto de continuar con la metodología propia de las investigaciones de prácticas de dumping: la necesidad de probar la relación causa efecto. Así, su artículo 12 establecía que para su pronunciamiento, la Junta debía considerar la existencia de pruebas positivas respecto de:

- a) Las prácticas restrictivas de la libre competencia;
- b) La amenaza de perjuicio o el perjuicio; y,
- c) La relación de causa a efecto entre las prácticas y la amenaza de perjuicio o el perjuicio.

El primer párrafo del artículo 16 establecía que la Junta se pronunciaría con una declaración de prohibición cuando determinara la existencia de una práctica restrictiva de la libre competencia, así como podía determinar la aplicación de medidas tendientes a eliminar o atenuar las distorsiones del mercado; y los países miembros adoptarían las medidas necesarias para que cesaran sus efectos. Dicha regulación era un avance en el camino correcto si tenemos presente lo que habían preceptuado las decisiones andinas predecesoras. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 16 de la Decisión 285 conservaba erróneamente el enfoque propio de las medidas destinadas a corregir el dumping, pues disponía que las medidas correctivas podían consistir en la autorización para que los países donde realicen su actividad económica las empresas afectadas podían aplicar aranceles preferenciales en relación con los compromisos arancelarios subregionales, para los casos de importaciones de los productos afectados por la práctica restrictiva de la libre competencia; es decir, la medida correctiva consistía en incrementar el precio de los productos importados respecto de los cuales se había cometido la conducta anticompetitiva, un contrasentido que terminaría perjudicando aun más a los consumidores del país importador de tales productos¹⁹.

A continuación se mencionan algunos casos tramitados bajo la vigencia de la Decisión 285:

- a) En setiembre de 1992, el Gobierno de Colombia denunció a Petroquímica de Venezuela (PEQUIVEN) por abuso de posición de dominio debido a la presunta negativa injustificada de suministrar

¹⁹ Como afirman Ingrid S. Ortiz-Baquero y Diego A. Solano-Osorio, el remedio previsto en la Decisión 285, consistente en que la SGCA concedía al Estado en el que las empresas afectadas realizaban su actividad la facultad de aplicar aranceles preferenciales, terminaba siendo mucho más lesivo para el proceso de integración y muy poco efectivo desde el punto de vista disuasivo (Ingrid S. Ortiz-Baquero y Diego A. Solano-Osorio, *La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes*, en la revista *Vniversitas* N° 132, Bogotá, enero-junio de 2016, pp. 324 y 325. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n132/n132a09.pdf> (consultado el 15 de enero de 2020).

orto-xileno a las empresas colombianas Andercol S.A. y Carboquímica S.A. La Junta (1992) no inició la investigación pues consideró que la política de precios aplicada por la empresa denunciada no respondía a una estrategia empresarial, sino a la política gubernamental del Consejo de Ministros de Venezuela.²⁰

- b) En noviembre de 1995, la Sociedad Mercantil Importadora y Exportadora de Azúcar S.A. de Venezuela denunció a la Asociación de Comercialización Internacional de Azúcares y Mieles S.A. (compuesta por centrales azucareras venezolanas y colombianas) por presuntas prácticas concertadas y abuso de posición de dominio en las modalidades de fijación de precios, imposición de lugar de venta, limitación de las exportaciones y negativa injustificada de venta. La Junta (1996) desestimó la denuncia porque no se demostró la existencia de la práctica restrictiva de la competencia ni el perjuicio.²¹
- c) En mayo de 1997, Polipropileno Biorientado del Ecuador Cía. Ltda. (BOPP) denunció a Polipropileno del Caribe S.A. – PROPILCO (Colombia) y a Polipropileno de Venezuela S.A. – PROPILVEN por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta. La Junta (1997) desestimó la denuncia debido a que no se había probado la existencia de la práctica restrictiva de la competencia. La negativa se debió a la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo sobre el precio de venta.²²
- d) En setiembre de 1999, el Gobierno de Bolivia denunció a la empresa colombiana Del Llano S.A. por presunta actuación paralela y abuso de posición de dominio en la modalidad de publicidad falsa. La SGCA (2000) declaró improcedente la denuncia. La empresa denunciada tenía una participación del 2% de la producción colombiana de aceites refinados.²³

²⁰ Resolución N° 326 de la Junta del Acuerdo de Cartagena de fecha 15 de octubre de 1992.

²¹ Resolución N° 420 de la Junta de fecha 1 de agosto de 1996, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 219 del 9 de agosto de 1996.

²² Resolución N° 011 de la SGCA de fecha 9 de setiembre de 1997, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 294 del 11 de setiembre de 1997.

²³ Resolución N° 389 de la SGCA de fecha 8 de mayo de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 562 del 9 de mayo de 2000.

5. LA DECISIÓN 608 (ABRIL, 2005)²⁴

La Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina fue aprobada por la Comisión de la Comunidad Andina el 29 de marzo de 2005, y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1180 de fecha 4 de abril de 2005.

5.1 La finalidad de la norma andina

El artículo 2 de la Decisión 608 establece que su objetivo es la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

Es claro que para la norma andina el bien jurídico protegido es el proceso competitivo. Este proceso, entendido como la rivalidad de las empresas por obtener más clientes e incrementar sus ventas, genera incentivos para que ellas reduzcan sus costos de producción y ofrezcan al mercado precios más atractivos, inviertan en investigación y nuevas tecnologías, mejoren la calidad de sus productos (bienes o servicios) y oferten una mayor diversidad que satisfaga las diferentes preferencias de los consumidores, optimicen el aprovechamiento de insumos y sus canales de comercialización, permitan a los consumidores acceder de manera más fácil y rápida a los productos, brinden servicios de postventa idóneos, todo lo cual significa eficiencia económica.

La eficiencia económica en los mercados (básicamente las eficiencias productivas e innovativas) se traduce en un mayor bienestar de los consumidores, que se constituyen en los jueces del proceso competitivo. Los consumidores, con su elección (bien informada), deciden qué empresa gana, qué empresa pierde. Es la crudeza y virtud del mercado, de la competencia, del libre comercio.

²⁴ Si se desea revisar todos los criterios jurisprudenciales del TJCA en materia de libre competencia, se sugiere leer: Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, *Nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Junio 2016 – Junio 2019). Propiedad intelectual, libre competencia, comercio internacional, derecho tributario, telecomunicaciones, transporte y minería ilegal*, Editorial San Gregorio S.A. – Universidad San Gregorio de Portoviejo, Quito, 2019, pp. 325-349.

En la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018 de fecha 7 de setiembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3383 del 1 de octubre de 2018, el TJCA explicó que en la Decisión 608 el bien jurídico protegido de manera inmediata es el proceso competitivo (la libre competencia) y los bienes jurídicos protegidos de manera mediata son la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores.²⁵

5.2 El ámbito de aplicación subjetivo

La norma andina prohíbe y sanciona las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio desarrollados por agentes económicos, entendiendo por estos a toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen (artículos 1 y 4).

La norma incluye a las empresas del Estado, ya sea que fueren de derecho público o de derecho privado, como también a las entidades públicas (ministerios, municipalidades, organismos públicos, etc.) si es que desarrollan una actividad empresarial, es decir si actúan como agentes económicos. También incluye a los gremios y asociaciones de agentes económicos. La razón es obvia, dichas entelequias representan los intereses de los agentes económicos y suelen servir de vehículo para la planificación y ejecución de conductas anticompetitivas realizadas por sus asociados, afiliados, agremiados o integrantes, que son agentes económicos. Si bien la norma no lo dice expresamente, también podría abarcar a las sociedades irregulares y los patrimonios autónomos que en el mercado ofertan bienes o servicios.

Lo que sí se encuentra fuera del ámbito subjetivo de la Decisión 608 son las instituciones o entidades públicas cuando actúan en ejercicio del derecho de imperio del Estado, en ejercicio de potestades públicas, o sea cuando expiden leyes, reglamentos y actos administrativos. También están excluidos los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral²⁶.

5.3 El ámbito de aplicación objetivo

²⁵ Página 11 de la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018.

²⁶ Último párrafo del artículo 7 de la Decisión 608.

El artículo 5 de la Decisión 608 establece que son objeto de investigación aquellas conductas practicadas en:

- a) El territorio de uno o más países miembros de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más países miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más países miembros.

Las demás situaciones no previstas en dicho artículo se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos países miembros.

El Documento de Trabajo (SG/dt 396) denominado Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina” del 23 de octubre de 2007 (en adelante, la **Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608**), explica los supuestos previstos en los literales a) y b) de su artículo 5. Se aplica la Decisión 608 si la práctica (la conducta anticompetitiva) se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en otro u otros países miembros, si la práctica se realiza en dos o más países miembros y tiene efectos reales en un país miembro distinto a los anteriores, y si la práctica se realiza en un país no miembro y tiene efectos reales en dos o más países miembros.

Es evidente que la norma andina se aplica también si la práctica se realiza en dos, tres o cuatro países miembros y tiene efectos reales en otros dos, tres o cuatro países miembros, respectivamente, pues en todos estos supuestos estamos ante una conducta transfronteriza. Si la práctica se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en ese país miembro (es decir, no es transfronteriza), se aplica la legislación nacional de libre competencia y el competente es la autoridad nacional de defensa de la libre competencia.²⁷

²⁷ A la fecha, la legislación nacional de defensa de la competencia de los países miembros es la siguiente:

Bolivia: los artículos 308 y 314 de la Constitución Política del 2009; la Ley 1600 - Ley del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) de octubre de 1994; el Decreto Supremo 29519 de abril del 2008 que regula la competencia y la defensa del consumidor frente a conductas lesivas que influyan negativamente en el mercado; y el Decreto Supremo 071 de abril del 2009 que crea las Autoridades de Fiscalización y Control Social.

Con el fin de clarificar el contenido del artículo 5 de la Decisión 608, el TJCA explicó en la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018, lo siguiente:

«...De conformidad con lo establecido en los Literales a) y b) del Artículo 5 de la Decisión 608, esta norma andina se aplica a la conducta anticompetitiva (abuso de posición de dominio o práctica colusoria horizontal o vertical) que:

- a) Se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en:
 - (i) Otro país miembro.
 - (ii) Otros países miembros.
 - (iii) En el país donde se realiza la conducta y en otro u otros países miembros.
- b) Se realiza en dos o más países miembros y tiene efectos reales en:

Colombia: los artículos 88 y 333 de la Constitución Política de 1991; la Ley 155 de diciembre de 1959 por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; el Decreto 2153 de diciembre de 1992 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones; y la Ley 1340 de julio del 2009 por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

Ecuador: los artículos 304, 335 y 336 de la Constitución del 2008; y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de octubre de 2011.

Perú: el artículo 61 de la Constitución Política de 1993; la Ley 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico de noviembre de 1997 [que va a ser sustituida por el Decreto de Urgencia 013-2019 – «Decreto de urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial»]; el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de junio del 2008 (cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM de febrero de 2019); y el Decreto de Urgencia N° 013-2019 que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial de noviembre de 2019.

Para mayor información sobre las legislaciones nacionales de defensa de la libre competencia se sugiere revisar: Hugo Ramiro Gómez Apac y María Antonieta Merino Taboada, *Semejanzas y diferencias de la tutela de la libre competencia en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, en AA.VV (Carlos Ramírez Romero, Coordinador). *Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial. La Empresa Moderna y el Derecho Empresarial en Latinoamérica*, editado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Quito, 2016, pp. 289-327.

- (i) Al menos uno de los países miembros donde la conducta se realiza.
 - (ii) En los dos o más países miembros donde la conducta se realiza.
 - (iii) En un país miembro distinto a los países miembros donde la conducta se realiza.
- c) Se realiza en un país no miembro y tiene efectos reales en dos o más países miembros.

...Todos los casos antes mencionados se refieren a conductas anticompetitivas transfronterizas. En tales casos, teniendo en consideración dónde se realiza la práctica o conducta anticompetitiva y dónde se perciben los efectos reales de dicha práctica, hay un escenario que traspasa fronteras, de ahí el término “transfronterizo”. Estos casos, dada su naturaleza geográfica transfronteriza, tienen que ser investigados por la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**) con el apoyo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia conforme al procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608.

...Por la misma razón, no se aplica la Decisión 608 si la conducta anticompetitiva no es transfronteriza, que es lo que ocurre cuando la conducta se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en el mismo país miembro. Al respecto, el último párrafo del Artículo 5 de la Decisión 608 establece que “*Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.*” Tal es el caso, por ejemplo, si la conducta anticompetitiva se realiza (tiene su origen) en la República del Perú y los efectos reales se circunscriben al territorio peruano.»

Mediante Sentencia de fecha 9 de marzo de 2017 recaída en el Proceso 05-AN-2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 2 de mayo de 2017, el TJCA, con la finalidad de determinar el concepto de «efectos reales transfronterizos», estableció lo siguiente:

«De conformidad con lo establecido en el Literal a) del Artículo 5 de la Decisión 608, la Secretaría General de la Comunidad Andina es competente para iniciar una investigación por prácticas restrictivas de la libre competencia, de oficio o a solicitud de parte, cuando:

- a) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en más de un País

Miembro, y tiene efectos reales en al menos un País Miembro de la Comunidad Andina.

- b) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de la posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en un País Miembro, y los efectos reales de dicha práctica se producen en al menos otro País Miembro de la CAN.

Se debe entender por “efecto real”:

- a) Cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de comercialización, la cantidad producida, la calidad de los productos o servicios, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización; o,
- b) Cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores.»

Si bien puede parecer sencillo afirmar que si la conducta anticompetitiva no tiene efectos transfronterizos es competente la autoridad nacional, y si tiene tales efectos la competencia recae en la SGCA, lo cierto es que, tratándose de determinadas prácticas colusorias horizontales, la complejidad de los acuerdos, la variedad de sus modalidades y sus efectos económicos dispersos evidencian situaciones en las que es complicado diferenciar un escenario sin efectos transfronterizos de un escenario con efectos transfronterizos. Es así que en la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018²⁸, el TJCA mencionó lo siguiente:

«...En la totalidad o una parte del mercado subregional andino puede haber empresas que tengan filiales, subsidiarias o empresas vinculadas en dos o más países miembros, y las prácticas colusorias pueden realizarse no solo entre empresas multinacionales sino también con empresas locales, de modo que podrían haber conductas anticompetitivas que por el tipo de empresas involucradas podrían tener tanto efectos transfronterizos como meramente locales. No solo eso, algunas prácticas colusorias podrían involucrar solo a empresas multinacionales, otras a empresas multinacionales con empresas locales y, más complicado aún, prácticas en las que empresas multinacionales forman parte de acuerdos locales,

²⁸ De fecha 7 de setiembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3383 del 1 de octubre de 2018.

empresas locales que forman parte de acuerdos multinacionales, empresas multinacionales que forman parte de acuerdos locales y multinacionales y empresas locales que forman parte de acuerdos multinacionales y locales. A estos escenarios, ya de por sí complejos, hay que agregar que hay empresas que fabrican productos para el mercado local y también los mismos productos para la exportación, así como casos en los cuales si bien los productos son fabricados o vendidos para el mercado local la reventa los puede llevar a mercados de otros países.

...La complejidad de los escenarios descritos puede ser aprovechada por los agentes económicos involucrados para lograr impunidad, especialmente al tratar de cuestionar la competencia de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia. Y es que los infractores podrían aprovechar las situaciones complejas para siempre alegar, de una u otra forma, un efecto transfronterizo, y así evitar ser investigados por las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia. La impunidad es algo que no debe permitirse.»²⁹

Considerando que en materia de defensa de la libre competencia tanto la SGCA como las autoridades nacionales tienen competencia para sancionar la comisión de conductas anticompetitivas, la primera al amparo de la Decisión 608 y las segundas conforme a sus leyes nacionales, el TJCA consideró necesario establecer en la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018 criterios adicionales con el objeto de orientar con mayor precisión el ámbito de aplicación objetivo del Artículo 5 de la Decisión 608, de modo que las autoridades involucradas, al ejercer el *ius puniendi* que el respectivo ordenamiento les ha atribuido, cumplan con el principio *non bis in idem*, sin generar situaciones o espacios de impunidad³⁰, tal como se cita a continuación:

«La triple identidad

...En aplicación del principio *non bis in idem*, un agente económico (...) no puede ser investigado (ni sancionado) tanto por la autoridad nacional de defensa de la libre competencia (al amparo de la ley nacional) como por la SGCA (al amparo de la Decisión 608) si es que se aprecia la siguiente triple identidad:

- a) Identidad respecto de los agentes económicos materia de investigación o sanción

²⁹ Páginas 9 y 10 de la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018.

³⁰ Página 10 de la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018.

Los agentes económicos involucrados tienen que ser los mismos. A modo de ejemplo, no habrá identidad si en el procedimiento interno se investiga a las empresas A, B y C y en el procedimiento supranacional seguido por la SGCA se investiga a las empresas B, C, D y F.

b) Identidad respecto de la conducta investigada o sancionada

La conducta investigada o sancionada tiene que ser la misma. A modo de ejemplo, no habrá identidad si en un caso se investiga una práctica colusoria horizontal y en el otro una práctica colusoria vertical: o si en un caso se investiga un acuerdo de precios y en el otro un acuerdo de reparto de mercados. Tampoco habrá identidad si a pesar de investigarse en ambos casos un acuerdo de precios (práctica colusoria horizontal), el producto materia del acuerdo es distinto o si el periodo de investigación es diferente.

Como puede apreciarse, la identidad del hecho debe ser plena. Basta que no se trate del mismo producto (por ejemplo, en un caso se investiga una colusión en el precio de la harina de trigo y en el otro una colusión en el precio de la harina de maíz) o un periodo de investigación distinto (por ejemplo, que en un caso se investiga una colusión en el precio del arroz blanco durante los años 2010 a 2014 y en el otro una colusión en el precio del mismo producto pero en el periodo comprendido entre los años 2015 a 2018).

c) Identidad respecto del fundamento o bien jurídico protegido

Para que opere esta identidad el bien jurídico protegido en la ley nacional de defensa de la libre competencia debe ser el mismo que el bien jurídico protegido en la Decisión 608. En esta norma andina el bien jurídico protegido de manera inmediata es el proceso competitivo (la libre competencia) y los bienes jurídicos protegidos de manera mediata son la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores...»³¹

5.4 Las conductas anticompetitivas transfronterizas

El artículo 7 de la Decisión 608 tipifica como prácticas colusorias los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

³¹ Páginas 10 y 11 de la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018.

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

El artículo 8, por su parte, tipifica como abuso de posición de dominio:

- a) La fijación de precios predatorios;
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;
- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

La norma andina ha tipificado correctamente como prácticas colusorias y abusos de posición de dominio aquellas conductas que en la mayoría de legislaciones son consideradas anticompetitivas. En el caso de las prácticas colusorias, no ha distinguido a los acuerdos horizontales de los verticales, por lo que debe entenderse que se aplica a ambos.³²

Tratándose de los tipos de abuso de posición de dominio, fue a propuesta del autor del presente artículo³³ la inclusión contenida en el literal g) del

³² Como se sabe, no hay que hacer distinciones donde la ley no distingue.

³³ También a propuesta del autor del presente documento dicho tipo infractor fue recogido en el literal h) del numeral 10.2 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034

artículo 8, que no solo define con propiedad, y de manera aglutinadora, todos los casos de abuso de posición de dominio, sino que guarda correspondencia con la finalidad de la norma: que la eficiencia económica genere el mayor bienestar para los consumidores. Conforme a dicho literal, habrá abuso si la empresa dominante, en lugar de usar su esfuerzo empresarial (traducción simple de eficiencia económica), recurre a su poder de mercado para obtener más clientes o conservar los que tiene. En tal sentido, cualquier imposición contractual dirigida a sus proveedores, distribuidores o clientes, que no traduzca eficiencia económica, sino el ejercicio de poder de mercado, y que tenga el efecto de obstaculizar la permanencia o acceso de competidores al mercado, será considerado un abuso de dicha posición dominante. La razón de este tipo infractor es informar a las empresas dominantes que solo a través del esfuerzo empresarial (eficiencia económica) ellos pueden ganar más clientes o conservar los que tienen.

5.5 Análisis de las conductas anticompetitivas transfronterizas

La Decisión 608 no precisa qué conductas anticompetitivas se analizan bajo la regla *per se* (prohibiciones absolutas) y cuáles bajo la regla de la razón (prohibiciones relativas), por lo que en este aspecto la SGCA deberá utilizar el estándar mayoritariamente aceptado (tal como ha sido recogido en la ley peruana³⁴), en el sentido de que los acuerdos que califican como cárteles (acuerdos sobre precios, limitación de la producción, reparto de mercados y concursos o licitaciones públicas) se analizan bajo la primera regla, y el resto de conductas bajo la segunda.

Es importante mencionar que el artículo 6 de la Decisión 608³⁵ no establece una regla de la razón para las conductas anticompetitivas

– Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008. Mediante Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de febrero de 2019 se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

³⁴ Los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

³⁵ **Decisión 608.-**

«**Artículo 6.-** Los Países Miembros podrán someter a consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones al ámbito de la presente Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de

transfronterizas. Lo que hace este artículo es establecer un régimen especial para excluir o exceptuar de la aplicación de la norma andina a conductas (anticompetitivas) realizadas en determinadas actividades. Son situaciones muy particulares por medio de las cuales un país miembro podría solicitar que no se aplique la Decisión 608 a una conducta (práctica colusoria o abuso de posición de dominio) desarrollada en una actividad económica (políticamente) sensible. La exclusión la aprueba la Comisión vía Decisión, previa recomendación del Comité. Es una suerte de válvula de escape puesta a disposición de los países miembros si es que en algún momento tienen que enfrentar una situación complicada interna. A la fecha este mecanismo nunca ha sido utilizado.

5.6 La naturaleza del procedimiento de investigación y el rol de la SGCA, del Comité y de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia

La Decisión 608 contempla un procedimiento de investigación y sanción de las conductas anticompetitivas transfronterizas. Se trata de un procedimiento administrativo sancionador supranacional³⁶, por lo que le

su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante y que cumplan con las siguientes condiciones:

- a) Que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico.
- b) Que signifiquen el otorgamiento de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia;
- c) Que no conlleven a dichos agentes económicos, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate; y,
- d) Que sean concordantes con el ordenamiento jurídico andino.

Las exclusiones y excepciones deberán ser aprobadas, modificadas o eliminadas mediante Decisión, previa recomendación adoptada del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Comité) a que se refiere el Capítulo VI, que será el responsable de su revisión periódica.

No podrá solicitarse exclusiones o excepciones a actividades económicas que, en el momento de la solicitud, estén siendo objeto de investigación.»

³⁶ Así lo ha establecido el TJCA en la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018 (página 8).

son aplicables los principios jurídicos propios de esta clase de procedimientos.

La SGCA es el órgano encargado de tramitar y dirigir el procedimiento de investigación (artículos del 10 al 26), de aceptar o rechazar un compromiso de cese (artículos del 27 al 30), de dictar medidas cautelares (artículos del 31 al 33) y medidas correctivas (artículo 34), y de imponer la sanción de multa (artículo 34) al infractor o infractores. En particular, corresponde a la SGCA³⁷:

- a) Admitir o rechazar la solicitud de inicio (denuncia) de un procedimiento para sancionar conductas anticompetitivas transfronterizas.
- b) Admitir, rechazar o merituar (valorar) las pruebas de cargo o de descargo.
- c) Declarar la conclusión del procedimiento por retiro de la solicitud de investigación³⁸.
- d) Admitir y/o resolver incidentes procedimentales³⁹.

La SGCA decide la apertura de la investigación mediante resolución motivada⁴⁰, la que deberá ser publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Puede iniciarlo de oficio o a pedido de parte. En cualquier caso cuando existan indicios de la existencia de una conducta

³⁷ Al respecto, se sugiere ver la página 18 de la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608.

³⁸ No obstante lo cual, la SGCA podría continuar de oficio con el procedimiento de investigación.

³⁹ Por ejemplo, pronunciarse respecto de la confidencialidad de la información presentada por los agentes económicos investigados.

⁴⁰ El artículo 14 de la Decisión 608 establece que la resolución de apertura de la investigación deberá indicar:

- a) La conducta objeto de investigación, las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados, la duración de la conducta, la identificación de las partes, su relación económica existente con la conducta, la relación de los elementos de prueba presentados;
- b) El plazo para que las partes presenten información, alegatos y pruebas; y,
- c) La identificación de las autoridades nacionales competentes que cooperarán con la investigación.

anticompetitiva transfronteriza. La denuncia de parte la pueden presentar las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia⁴¹, los organismos nacionales de integración de los países miembros, cualquier persona natural o jurídica (de derecho público o de derecho privado) y las organizaciones de consumidores y otras entidades. En la práctica cualquiera puede presentar una denuncia ante la SGCA.

Dado el presunto efecto transfronterizo de la conducta a investigar, la SGCA solicitará el apoyo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia del país o países miembros donde se realiza la práctica y del país o países miembros donde se presenten los efectos reales, así como del país o países miembros donde tengan su residencia los denunciantes (los solicitantes de la investigación).

La SGCA y las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia involucradas elaboran un Plan de Investigación, el cual indicará, entre otros, el tipo de acciones a ser tomadas, el cronograma sugerido, los agentes económicos a los cuales estarán dirigidas tales acciones, los elementos y características de la conducta, e información disponible de los bienes o servicios y área geográfica que pudieran estar afectados. El referido Plan se notifica a las partes interesadas.

El director de la investigación es la SGCA. Las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia cooperan con la investigación. Tanto la SGCA como las referidas autoridades cuentan con facultades plenas para realizar la investigación⁴². Dichas autoridades, para concretar su

⁴¹ El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Perú), la Superintendencia de Industria y Comercio (Colombia), la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Ecuador), y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas y otras Autoridades de Fiscalización y Control Social (Bolivia).

⁴² De conformidad con lo prescrito en el artículo 16 de la Decisión 608, la SGCA y las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia pueden:

- a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, la composición accionaria y la estructura de propiedad de las empresas;
- b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a los agentes económicos materia de investigación o a sus representantes, empleados,

investigación, pueden aplicar su legislación interna en lo relativo a facultades de investigación, pruebas y demás actuaciones.

Finalizada la investigación, la SGCA elabora el informe final de resultados de la investigación, el cual es notificado al Comité, a las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia y las partes interesadas. El Comité está integrado por un representante de la autoridad nacional de defensa de la libre competencia de cada uno de los países miembros. El Comité, a través de un informe, emite una opinión no vinculante (recomendación) sobre los resultados de la investigación dirigida por la SGCA, luego de analizar el informe final de esta y los alegatos finales de las partes. Si el Comité no presenta su informe en el plazo establecido, se entenderá que ha consentido el informe de la SGCA.

La SGCA emite su resolución final declarando la existencia o inexistencia de la conducta anticompetitiva transfronteriza⁴³. En dicha resolución,

funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesario para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video; y,

- c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se consideren necesarias. Para ingresar a los locales podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial.

⁴³ En la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 se menciona que la resolución final de la SGCA debe contener la siguiente información:

- Antecedentes de lo actuado;
- Identificación del (los) solicitante(s);
- Identificación del (los) agente(s) económico(s) denunciado(s);
- Identificación de la práctica restrictiva investigada;
- Identificación del mercado relevante objeto de investigación y la metodología utilizada para su cálculo;
- De ser el caso: la cuota de mercado y la determinación si el denunciado tienen posición de dominio en el mercado relevante indicando la metodología utilizada;
- El análisis de la práctica restrictiva a la competencia denunciada con base en la información y pruebas acopiadas;

debidamente motivada, la SGCA dará cuenta del informe remitido por el Comité. En caso la SGCA se aparte de las conclusiones y recomendaciones del informe del Comité, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia.

La parte denunciante (solicitante de la investigación) podría ser una o más autoridades nacionales de defensa de la libre competencia, las que luego participarían en la investigación apoyando a la SGCA, y luego opinarían al interior del Comité, y esta opinión podría ser contraria a la posición de la SGCA. Un escenario complicado que el autor del presente trabajo abordará en una futura investigación.

5.7 Las medidas correctivas y las sanciones

Si del resultado de la investigación, la SGCA constatará la existencia de una conducta anticompetitiva transfronteriza podrá disponer como medida correctiva el cese inmediato —o en un plazo determinado— de la conducta restrictiva de la libre competencia, así como la imposición de condiciones u obligaciones⁴⁴.

La SGCA puede sancionar al infractor con multa de hasta un máximo del 10% del valor de sus ingresos totales brutos, correspondientes al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo. Para graduar la multa tendrá en consideración la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de

-
- El análisis de las supuestas eficiencias alegadas y las pruebas presentadas, las conclusiones alcanzadas;
 - Los alegatos presentados por las partes;
 - Las recomendaciones presentadas por el Comité;
 - Las medidas correctivas y el período de su aplicación;
 - En los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago; y,
 - El país responsable de hacer efectiva la sanción (país ejecutor), y el plazo en el cual se deberá cumplir la medida sancionatoria.

⁴⁴ Así, por ejemplo, si la conducta anticompetitiva detectada fuera un abuso de posición dominante en la modalidad de negativa injustificada de contratar con respecto a un potencial cliente, la medida correctiva que podría ordenar la SGCA al infractor sería el que este contrate con dicho potencial cliente en las mismas condiciones comerciales con las que contrata con otros clientes.

la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas (artículo 34).

El cobro de la multa será de responsabilidad del gobierno del país miembro en donde las empresas sancionadas tengan su principal centro de negocios en la subregión o donde se aprecien los efectos reales de la práctica denunciada, conforme a la norma nacional correspondiente.

5.8 Plazos de prescripción

Las infracciones a la libre competencia previstas en la Decisión 608 prescriben en el plazo de 3 años de haberse realizado la conducta anticompetitiva transfronteriza. En el caso de conductas continuadas, el referido plazo se empezará a contar a partir del día siguiente a aquel en que cesó la conducta (artículo 43).

Respecto del artículo 43 de la Decisión 608, mediante Sentencia recaída en el Proceso 05-AN-2015 de fecha 9 de marzo de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3012 del 2 de mayo de 2017, el TJCA estableció lo siguiente:

«...Ahora bien, corresponde diferenciar dos escenarios distintos. El primero, cuando la investigación la inicia de oficio la SGCA; y, el segundo, cuando se ha presentado una solicitud (denuncia a petición de parte) de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades.

...En el primer caso, cuando la investigación la inicia de oficio la SGCA, el plazo de prescripción se suspende con la resolución de inicio de la investigación (resolución de imputación de cargos).

...En el segundo caso, cuando se presenta una denuncia a petición de parte, el plazo de prescripción se suspende con la presentación de la denuncia. Este razonamiento se explica en la necesidad de evitar que, pese a que se presente una denuncia de manera oportuna, la inacción de la Secretaría General origine la prescripción de la infracción.»

Una vez que la SGCA haya tenido conocimiento de una conducta denunciada o se dé inicio a una investigación, deberá emitir su

pronunciamiento dentro de los 3 años siguientes, caso contrario se dará por terminada la actuación correspondiente (artículo 44).

5.9 Dos importantes temas ausentes en la Decisión 608

5.9.1 El programa de clemencia

Con el fin de detectar y dismantelar los cárteles, las autoridades de competencia suelen aplicar el denominado «programa de clemencia» (*leniency program*), el cual consiste en exonerar del pago de la multa a la empresa que, habiendo sido partícipe de un cártel, denuncia su existencia y aporta pruebas que acreditan su comisión, lo que facilita la recopilación de pruebas en escenarios en los que es muy difícil encontrar evidencia de la realización de esa clase de práctica colusoria horizontal (la más nociva de todas).

Si bien la Decisión 608 no regula lo referido al programa de clemencia, el TJCA ha tenido la oportunidad de mencionar su utilidad y la importancia de respetar la confidencialidad de la información proporcionada por la empresa o empresas que se acogen a dicho programa. En el Auto recaído en el Proceso 04-AN-2018 de fecha 19 de octubre de 2018, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3412 del 25 de octubre de 2018, el Tribunal Andino explicó lo siguiente:

«...El programa de clemencia busca incentivar a los involucrados en un cártel a delatarlo, a traicionarlo. El objetivo de un programa de clemencia es animar a que empresas involucradas en un cártel revelen su existencia a la autoridad de competencia, de manera espontánea, colaborando en su detección y contribuyendo con su efectiva persecución. Para incrementar tal incentivo, la autoridad de competencia puede exonerar de la multa y de la imposición de medidas correctivas a la empresa que presente pruebas de la existencia del cártel antes del momento en que dicha autoridad cuente con indicios de la existencia del referido cártel o haya realizado una visita de inspección u otras diligencias. Si la presentación de pruebas se realiza con posterioridad al momento antes indicado, la exoneración de la sanción procedería si dichas pruebas aportan un valor agregado significativo a la investigación. Para los posteriores solicitantes en acogerse el programa podría existir una reducción gradual de la multa correspondiente.⁶

...Un elemento intrínseco y de vital importancia del programa de clemencia es la confidencialidad de la información aportada por la empresa o empresas que se acogen a dicho programa. Si no existiera la garantía de la confidencialidad, quedaría en entredicho la eficacia misma del programa.

Y es que uno de los presupuestos que dotan de eficacia a este programa es la garantía de la confidencialidad respecto de la información que aporta el colaborador con objeto de delatar la existencia del cártel.⁷

...En efecto, el programa de clemencia tiene entre sus pilares la confidencialidad de la identidad del colaborador y de la información proporcionada al expediente confidencial en el que se tramita la solicitud de beneficios. La confidencialidad tiene como finalidad proteger al colaborador frente a posibles represalias por colaborar con la autoridad de competencia, así como evitar que la información aportada como parte de su colaboración sea utilizada de manera que lo exponga a peores condiciones que un escenario en el cual no hubiera colaborado.⁸

«6 *Guía del Programa de Clemencia* de agosto de 2017, pp. 8 y 9, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Perú).

Fuente:

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>

(descargado el 1 de octubre de 2018).

7 AAVV (Diego Loma-Orsorio, Coordinador). *Tratado de Derecho de la Competencia*. Thomson Reuters – Aranzadi, Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado – Ministerio de Justicia – Gobierno de España, Navarra, 2013, pp. 283 y 284.

8 *Guía del Programa de Clemencia* de agosto de 2017, p. 20, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Perú).»

Considerando la utilidad del programa de clemencia, corresponde evaluar la pertinencia de incorporar esta figura en la Decisión 608.

5.9.2 Un procedimiento de control previo de las concentraciones empresariales anticompetitivas con efectos transfronterizo

La Decisión 608 solo contiene un régimen de control de conductas, de las conductas anticompetitivas transfronterizas. No contiene un régimen de control de estructuras, comúnmente llamando «control de fusiones», o apropiadamente denominado «control previo de las concentraciones empresariales anticompetitivas».

La concentración empresarial puede darse a través de una fusión de empresas, la constitución de una empresa en común, la adquisición de acciones, la compra de activos, contratos de administración o gerencia,

etc. Estos actos de concentración, que puede ser de tipo horizontal o vertical, no siempre son perjudiciales. Por el contrario, la mayoría de las concentraciones verticales y muchas de las concentraciones horizontales son positivas al producir eficiencias económicas que benefician a los consumidores. Las fusiones que preocupan son las otras, la que provocarán una disminución sustancial de la competencia en perjuicio de los consumidores, esas cuyo único objetivo es la monopolización del mercado porque los involucrados ya no quieren seguir compitiendo.

Las concentraciones empresariales pueden tener los mismos efectos negativos que las prácticas colusorias. Empresas competidoras pueden coludirse para incrementar el precio de sus productos y obtener ganancias monopólicas. Si son detectadas y sancionadas por la autoridad, la próxima vez se fusionarán. El resultado será el mismo: incremento de precios y ganancias monopólicas. En la colusión, los dueños o directivos de las empresas deciden el incremento de precios desde sus despachos, y luego tienen que vigilarse entre sí pues la tentación de la traición (vender por debajo del precio pactado) está a la vuelta de la esquina. Si hay una fusión, el incremento de precios lo decidirán sentados en el mismo directorio o junta de accionistas, y confiados en que no habrá traición.

Por tanto, si se prohíben las prácticas colusorias también deberían prohibirse aquellas concentraciones empresariales que tengan los mismos efectos negativos para los consumidores.⁴⁵ Y es que así como preocupan las prácticas colusorias transfronterizas que perjudican el bienestar de los consumidores, también deberían preocuparnos las concentraciones empresariales anticompetitivas con efectos en la subregión andina, igualmente dañinas para los consumidores.

⁴⁵ «La restricción de la competencia que está prohibida si es el resultado de una conducta que caiga bajo el artículo 85 [que prohíbe las prácticas colusorias] no puede ser permitida por el hecho que tal conducta ocurra bajo la influencia de una empresa dominante y resulte en la concentración de las empresas interesadas. En ausencia de disposiciones explícitas no puede asumirse que el Tratado, que prohíbe en su artículo 85 determinadas decisiones de asociaciones de empresas que restrinjan la competencia aún sin eliminarla, permite en el artículo 86 [sobre abuso de posición de dominio] que empresas tras concentrarse en una unidad orgánica, puedan alcanzar una posición dominante tal que haga prácticamente imposible el juego de la competencia... » (BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 546-547).

El control de estructuras es el gran tema ausente en la Decisión 608, asunto que merece ser discutido, analizado e incorporado a la norma andina.⁴⁶

5.10 Casuística bajo el régimen de la Decisión 608

A continuación se mencionan algunos casos tramitados bajo la vigencia de la Decisión 608:

- a) En octubre de 2004, la Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del Perú (Conapal) y las empresas peruanas Industrias del Pino S.A., Industrial Alpamayo S.A., Alicorp S.A. y Ucisa S.A. denunciaron al Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma y sus Fracciones (Fedepalma o el Fondo) de Colombia por haber fijado concertadamente el precio del aceite crudo de palma/palmiste colombiano tanto para el mercado interno como para la exportación y, consecuentemente, fijar indirectamente el precio de los productos elaborados sobre la base de dicho insumo destinados a la exportación.

La SGCA (2006), aplicando como norma sustantiva la Decisión 285 y como norma procesal la Decisión 608, constató que los exportadores colombianos establecían sus precios de venta del aceite de palma crudo al Perú y de la manteca tomando en cuenta el valor de las compensaciones que percibían del Fondo, por lo que sus precios de venta eran inferiores a los de sus competidores internacionales. El mecanismo de compensación del Fondo permitía a los exportadores colombianos ofrecer precios más bajos por su producto en el mercado peruano, y establecer condiciones de comercialización en términos ventajosos en relación con aquellas que hubieran prevalecido sin las compensaciones del Fondo. También verificó que la práctica había afectado la producción de la manteca comestible de la empresa Alicorp desplazando una parte no significativa de sus ventas a favor de las importaciones colombianas realizadas a menor precio. La SGCA autorizó al Gobierno del Perú

⁴⁶ Ninguna de las normas andinas predecesoras de la Decisión 608 contenía un régimen de control de estructuras. Sobre la ausencia del control de estructuras en la Decisión 285, se recomienda leer: FALLA, Alejandro y QUINTANA, Eduardo. *Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina*. En: AAVV. *Derecho Comunitario Andino*. Fondo Editorial del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 159.

a aplicar, por un año, medidas correctivas a las importaciones provenientes de Colombia, de manteca vegetal, equivalentes al valor recibido por los productores/exportadores colombianos de manteca vegetal comestible por concepto de compensación del Fondo.⁴⁷

El TJCA (2008) anuló el pronunciamiento de la SGCA pues consideró que el mecanismo de compensaciones no era una práctica restrictiva de la libre competencia, sino un instrumento de política económica del Gobierno de Colombia. Según el TJCA, las empresas denunciadas no concertaron precios, sino se limitaron a acatar una obligación legal impuesta por la legislación nacional colombiana.⁴⁸

- b) En julio de 2013, Sociedad Angelcom S.A. (Colombia) denunció a Transmilenio S.A. (Colombia) por presunta colusión en una licitación pública internacional. La SGCA (2013 y 2014) desestimó el pedido de investigación por carecer de competencia. La alegada conducta anticompetitiva no tenía efectos reales en un país miembro distinto a Colombia. El TJCA (2017) declaró infundada la demanda de nulidad planteada por la empresa denunciante contra la decisión de la SGCA.⁴⁹
- c) En octubre de 2015, Internexa S.A. (Colombia) e Internexa Perú S.A. denunciaron a Corporación Nacional de Telecomunicaciones EP (Ecuador) por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de acceso a la fibra óptica montada sobre la infraestructura eléctrica de alta tensión, y otra conducta. La SGCA (2017) declaró infundada la denuncia debido a que la empresa denunciada no tenía posición de dominio. El Comité había opinado lo mismo.⁵⁰

⁴⁷ Resolución N° 984 de la SGCA de fecha 15 de diciembre de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1279 del 3 de enero de 2006.

⁴⁸ Sentencia de fecha 29 de octubre de 2008 recaída en los Procesos acumulados 01-AN-2006, 02-AN-2006 y 01-AN-2007, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1687 del 14 de enero de 2009.

⁴⁹ Sentencia recaída en el Proceso 05-AN-2015 de fecha 9 de marzo de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3012 del 2 de mayo de 2017.

⁵⁰ Resolución N° 1935 de la SGCA de fecha 3 de julio del 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3055 del 3 de julio de 2017.

- d) En marzo de 2016, Mauricio Velandia (Colombia) denunció a Kimberly Clark Corporation (USA), Productos Familia S.A. (Colombia) y CMPC (Chile) por presunto acuerdo de precios de pañales, cuadernos y papel higiénico. La SGCA (2016) declaró inadmisibile la denuncia por prescripción.⁵¹

6. CONCLUSIONES

La Comunidad Andina es el proceso de integración más exitoso y longevo de Sudamérica, pero algunos temas no han corrido a la velocidad que se esperaba. Si bien los redactores del Acuerdo de Cartagena de 1969 vislumbraban la creación de un mercado común y extenderlo hacia toda Latinoamérica, después de más de medio siglo desde la creación del proceso de integración subregional andino los países miembros se han quedado en la conformación de un área de libre comercio, y no hay visos de avanzar hacia la unión aduanera y desde allí dar el salto al mercado común.

Otro tanto ha ocurrido en materia de defensa de la libre competencia. No obstante que el propio Acuerdo de Cartagena prevé en su artículo 93 la necesidad de prevenir y corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión, y que desde 1971 hasta la fecha se han expedido cuatro leyes andinas en materia de competencia, en estos 48 años no se ha sancionado a empresa alguna por la comisión de una conducta anticompetitiva transfronteriza. Esta omisión podría deberse en parte a que las 3 primeras leyes andinas (las Decisiones 45, 230 y 285) estaban más pensadas en corregir el dumping que las prácticas restrictivas de la libre competencia, de modo que incorporaron en su seno una metodología de investigación y medidas correctivas no acordes con una adecuada política de competencia. Sin embargo, la Decisión 608, que no está contaminada por el enfoque de investigación de las prácticas de dumping y que más bien ha tipificado correctamente las medidas correctivas y sancionatorias, no ha logrado sancionar a empresa alguna en sus casi 15 años de vigencia.

Revisando los pronunciamientos de la Secretaría General de la Comunidad Andina citados en el presente documento, solo en un caso, en el que aplicó como norma sustantiva la Decisión 285 y como norma procesal la Decisión 608, el órgano ejecutivo del proceso de integración andino

⁵¹ Resolución N° 1855 de la SGCA de fecha 1 de junio de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2743 del 1 de junio de 2016.

declaró (en 1996) la existencia de una conducta anticompetitiva: un acuerdo de precios en el mercado de aceite crudo de palma. Sin embargo, dicho pronunciamiento fue anulado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 2008 por el hecho de que la conducta investigada, más que provenir de decisiones empresariales, tuvo como origen el acatamiento a lo establecido en la legislación de un país miembro.

Todas las conductas anticompetitivas transfronterizas deben ser corregidas y sancionadas, tanto las efectuadas por empresas privadas como aquellas promovidas o ejecutadas por entidades públicas o empresas estatales. De allí que es un acierto que el ámbito de aplicación subjetivo de la Decisión 608 comprenda también a las personas jurídicas de derecho público.

La ley andina vigente, que supera en creces a sus predecesoras (en cuanto a su finalidad, los ámbitos de aplicación subjetivo y objetivo, la tipificación de las conductas anticompetitivas transfronterizas, las facultades de investigación de la Secretaría General de la Comunidad Andina, el procedimiento de investigación y el respeto al debido proceso y al derecho de defensa, las medidas correctivas y sancionatorias, entre otros), requiere incorporar en su contenido el tratamiento de dos temas importantes: el programa de clemencia y un procedimiento de control previo de las concentraciones empresariales anticompetitivas con efecto transfronterizo.

El fortalecimiento de la defensa de la competencia no solo brindará una mayor consistencia al proceso de integración subregional andino y al área de libre comercio creada por él, sino, y esto es lo más importante, beneficiará en mayor medida a los más de 111 millones de consumidores andinos, la razón de ser de la Comunidad Andina.

7. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos:

- Alejandro Falla y Eduardo Quintana, *Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina*, en AA.VV, *Derecho Comunitario Andino*, Fondo Editorial del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

Artículo publicado en: AA.VV. (Pierino Stucchi López Raygada, director), *Tendencias sobre la autonomía de los organismos reguladores, las medidas de defensa comercial y los procedimientos administrativos sancionadores. Ponencias del Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación*, Anuario Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación núm. 1, Universidad ESAN – Palestra Editores S.A.C. – Tirant lo Blanch, Lima, junio de 2022, pp. 379-416.

- Christopher Bellamy y Graham Child, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Civitas, Madrid, 1992.
- Ingrid S. Ortiz-Baquero y Diego A. Solano-Osorio, *La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes*, en Vniversitas N° 132, Bogotá, enero-junio de 2016. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n132/n132a09.pdf> (consultado el 15 de enero de 2020).
- Hugo Ramiro Gómez Apac y María Antonieta Merino Taboada, *Semejanzas y diferencias de la tutela de la libre competencia en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, en AA.VV (Carlos Ramírez Romero, Coordinador), *Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial. La Empresa Moderna y el Derecho Empresarial en Latinoamérica*, editado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Quito, 2016.
- Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, *Nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Junio 2016 – Junio 2019). Propiedad intelectual, libre competencia, comercio internacional, derecho tributario, telecomunicaciones, transporte y minería ilegal*, Editorial San Gregorio S.A. – Universidad San Gregorio de Portoviejo, Quito, 2019.

Normativa de la Comunidad Andina:

- Decisión 563, Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 940 del 1 de julio del 2003.
- Decisión 45, Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en su sexto periodo de sesiones extraordinarias, llevadas a cabo entre el 9 y 18 de diciembre de 1971.
- Decisión 230, Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena durante su cuadragésimo sexto periodo de sesiones ordinarias, realizada entre el 10 y 11 de diciembre de 1987.

- Decisión 283, Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios, aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena el 21 de marzo de 1991, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 del 4 de abril de 1991.
- Decisión 285, Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena el 21 de marzo de 1991, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 del 4 de abril de 1991.
- Decisión 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, aprobada por la Comisión de la Comunidad Andina el 29 de marzo de 2005 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1180 del 4 de abril del 2005.

Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena:

- Resolución N° 326 de la Junta del Acuerdo de Cartagena de fecha 15 de octubre de 1992.
- Resolución N° 420 de fecha 1 de agosto de 1996, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 219 del 9 de agosto de 1996.

Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina:

- Resolución N° 011 de fecha 9 de setiembre de 1997, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 294 del 11 de setiembre de 1997.
- Resolución N° 389 de fecha 8 de mayo de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 562 del 9 de mayo de 2000.
- Resolución N° 984 de fecha 15 de diciembre de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1279 del 3 de enero de 2006.

Artículo publicado en: AA.VV. (Pierino Stucchi López Raygada, director), *Tendencias sobre la autonomía de los organismos reguladores, las medidas de defensa comercial y los procedimientos administrativos sancionadores. Ponencias del Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación*, Anuario Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación núm. 1, Universidad ESAN – Palestra Editores S.A.C. – Tirant lo Blanch, Lima, junio de 2022, pp. 379-416.

- Resolución N° 1855 de la SGCA de fecha 1 de junio de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2743 del 1 de junio de 2016
- Resolución N° 1935 de fecha 3 de julio del 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3055 del 3 de julio de 2017.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

- Sentencia de fecha 29 de octubre de 2008 recaída en los Procesos acumulados 01-AN-2006, 02-AN-2006 y 01-AN-2007, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1687 del 14 de enero de 2009.
- Sentencia de fecha 9 de marzo de 2017, recaída en el Proceso 05-AN-2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3012 del 2 de mayo de 2017.
- Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018 de fecha 7 de setiembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3383 del 1 de octubre de 2018.
- Auto recaído en el Proceso 04-AN-2018 de fecha 19 de octubre de 2018, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3412 del 25 de octubre de 2018.

Otro:

- Documento de Trabajo (SG/dt 396) de la Secretaría General de la Comunidad Andina denominado: Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, de fecha 23 de octubre de 2007.

Quito, enero de 2020.
