

CONSTRUYENDO UNA ESTRATEGIA COMÚN: EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA

Alejandro Falla *
Eduardo Quintana **

La realidad puede en muchos casos ir mas lejos que la ficción, esta es una frase que puede definir la impotencia de muchos países ante la imposibilidad de sancionar diversos actos que se encuentran más allá de su jurisdicción, pero que sin embargo los afectan de sobre manera.

Es debido a esta imposibilidad que se vienen gestando -hace varios años- organismos supranacionales que puedan dejar atrás el fantasma de la impunidad, un ejemplo de ello es la Comunidad Andina, en la cual la integración de los mercados de la región tiene como finalidad desarrollar el mercado andino, evitar que se cometan perjuicios a éste y, en caso se presentaran, estar en la posibilidad de sancionarlos.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Regulación por la London School of Economics and Political Science. Fundador del Instituto de Derecho y Economía Aplicadas - IDEAS. Profesor de la Maestría de Derecho y Empresa y de la Maestría de Regulación de Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC y de la Universidad de Piura.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido abogado de la Gerencia de Relaciones Empresariales y Secretario Técnico del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

INTRODUCCIÓN

Los procesos de integración de los mercados han llevado consigo la aparición de una diversidad de nuevos problemas. Uno de ellos es precisamente el referido a los comportamientos anticompetitivos de los agentes del mercado, quienes suelen desarrollar conductas que no sólo distorsionan la competencia en el mercado, sino eventualmente impiden u obstruyen el proceso mismo de integración.

La eliminación de las prácticas anticompetitivas en el marco de los procesos de integración, si bien requiere de un marco institucional a nivel de los países miembros que soporte el proceso de competencia al interior de los mercados nacionales, también requiere de un marco institucional a nivel supra nacional que permita perseguir y sancionar aquellas conductas que afectan directamente el proceso de integración y que, por distintas circunstancias, no pueden ser “capturados” por el marco institucional propio de los países miembros.

El marco institucional de defensa de la competencia a nivel Andino –básicamente recogido en la Decisión 285- ha revelado poseer innumerables debilidades y falencias. En los hechos se ha registrado una escasa utilización de los mecanismos institucionales existentes por parte de los agentes afectados por las prácticas anticompetitivas.

Resulta imposible determinar *a priori* cuanto ha afectado al desarrollo de la competencia a nivel andino y al desarrollo del proceso de integración mismo, la existencia de un marco institucional débil en defensa de la competencia. Lo único cierto es que, a diferencia de lo sucedido en otros procesos de integración, el derecho de competencia andino no constituye un instrumento que haya contribuido al logro del objetivo de la integración a través de la eliminación de aquellas conductas anticompetitivas orientadas a segmentar los mercados.

A continuación se realiza una breve descripción del derecho de la competencia comunitario, así como una reseña de los casos más importantes que en ésta materia han sido resueltos por la Secretaría de la Junta. Finalmente, se hace una revisión del proceso dirigido a la reforma de la Decisión 285 y de los acuerdos alcanzados a nivel de los expertos gubernamentales.

1. PRINCIPALES ASPECTOS DE UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA REGIONAL

El adecuado funcionamiento de una política de competencia depende, en gran medida, del marco institucional que la sustenta. Por ello, el diseño de las

normas legales que forman parte de dicho marco institucional es crucial para el éxito de la política de competencia, en especial, cuando ésta no sólo requiere armonizar intereses disímiles sino también realidades económicas y sociales distintas, como sucede con las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina de Naciones.

Sin pretender que la siguiente descripción sea exhaustiva, a continuación se desarrollan los principales aspectos que debería abordar un sistema de defensa de la competencia de ámbito regional, para efectos de analizar posteriormente si las normas comunitarias andinas los cubren adecuadamente.

1.1. Objetivo

Un aspecto básico que debe definirse al establecer el sistema de defensa de la competencia es el objetivo u objetivos que se persiguen a través del mismo. Existe acuerdo en que la política de competencia no es un fin en sí mismo sino un instrumento para lograr otros objetivos de relevancia para la sociedad. Sin embargo, la experiencia internacional indica que no existe consenso sobre cuáles deben ser estos objetivos.

En general se entiende que la política de competencia busca proteger el proceso competitivo mismo, eliminando o evitando las restricciones que tiendan a obstaculizar su desarrollo. Bajo esta concepción, la competencia es un mecanismo para lograr una asignación eficiente de recursos, dirigiéndolos de sus usos menos valiosos a los más valiosos.

Sin embargo, también se registran otros objetivos complementarios como la protección de la pequeña y mediana empresa frente a las de mayor envergadura, el mantenimiento de la justicia y equidad en el mercado, el mantenimiento del sistema de libre empresa, entre otros.

Asimismo, en el ámbito de las políticas de defensa de la competencia a nivel regional también se considera como objetivo primordial el fortalecimiento de la integración económica de los mercados – países – involucrados¹. Así sucede, por ejemplo, con la Comunidad Europea, donde la política de competencia funciona como mecanismo para impulsar la integración económica al facilitar la libre circulación de personas, bienes y capitales en el mercado común; para evitar que los particulares restablezcan barreras para impedir la entrada de agentes económicos en sus respectivos mercados

¹ KHEMANI, Shyam. “Objetivos de la Política de Competencia”. En: Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Vol. XXIV. N° 2. pp. 18-19 y 25-29.

nacionales; y para promover la eficiencia, la innovación y los precios más bajos².

Como resulta evidente luego de la enumeración anterior, en determinadas circunstancias pueden existir conflictos entre los objetivos de la política de competencia. En tal caso, debe tenerse en cuenta que entre los fines más comúnmente aceptados se encuentra el lograr la eficiencia económica. Sin embargo, debe agregarse que, incluso entre los que aceptan como objetivo principal el de la eficiencia, existe discusión respecto de si la misma implica únicamente el bienestar del consumidor o el bienestar económico general, aunque puede afirmarse que normalmente la política de competencia hace mayor énfasis en el primero³.

1.2. Instrumentos

Un segundo aspecto que debe considerarse en el diseño de las normas de libre competencia son los instrumentos de política que pueden aplicarse a nivel regional. Los instrumentos regularmente utilizados dentro de una política de competencia suelen ser de dos tipos: aquellos

que implican la sanción -algunas veces de carácter penal- de ciertas conductas (acuerdos entre competidores, ciertos acuerdos entre empresas no competidoras y ciertas conductas desarrolladas por empresas con posición de dominio en el mercado)⁴ y aquellos que implican un control sobre la estructura de los mercados⁵. El debate sobre el alcance que deben tener dichos instrumentos dentro de la política de competencia se da a distinto nivel.

Por un lado, la condena de las prácticas colusorias, tales como la concertación de precios entre competidores, no ocasiona mayor discusión, debido a la mala asignación de recursos que generan, por lo que se asume el criterio de la ilegalidad 'per se'⁶. Sin embargo, conductas empresariales como las restricciones verticales⁷ o el abuso de posición de dominio⁸ dan lugar a mayores debates sobre los criterios a considerar para su prohibición, en tanto que no sólo pueden generar una restricción de la competencia sino también diversas eficiencias. Por ello, la regla generalmente aceptada es la evaluación caso por caso, considerando los efectos de la práctica de acuerdo a la sana crítica⁹, lo que se conoce como el criterio de la 'regla de la razón'.

² BELLAMY, Ch. y G. CHILD. "Derecho de la Competencia en el Mercado Común". Madrid: Editorial Civitas S.A. 1992. pp. 38-40. KORAH, Valentine. "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice". Great Britain: Hart Publishing. 1999. pp. 1 y 10. La importancia que adquiere la política de competencia dentro del conjunto de medidas de nivel regional de la Comunidad Europea se refleja en la consideración que tiene en las normas comunitarias de mayor jerarquía, por ejemplo en el Tratado de Roma, norma fundamente de la Comunidad Económica Europea. Al respecto, el Tratado de Roma no sólo contempla como principio básico el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común (artículo 3 inciso f), sino que además contiene una sección dedicada por completo al desarrollo de los aspectos que cubre la política de competencia, prohibiendo expresamente, entre otros, las prácticas colusorias (artículo 85), los actos de abuso de posición de dominio (artículo 86) y las ayudas estatales (artículos 92-94). La numeración de los artículos citados en la versión actual del Tratado de Roma, según el Tratado de Amsterdam (1999), es la siguiente: artículos 3 inciso g), 81, 82 y 87-89, respectivamente.

³ Al respecto, Khemani ha señalado lo siguiente: "Consumer welfare increases when firms expand output and consumers pay lower prices. Producer welfare increases when firms can earn higher profits by charging higher prices. A total welfare approach entails evaluating the actual and potential net gains to both consumers and producers. For example, reduced output may increase prices, firm profits, and producer welfare while lowering consumer welfare. However, total economic welfare including consumer welfare may increase if higher firm profits are reinvested to gain dynamic efficiencies in terms of better production technology and/or improved product quality and service which lead to increased output and consumption. A stringent consumer welfare maximization approach to competition may foster static efficiencies at the cost of dynamic efficiencies". KHEMANI, Shyam. "The role and Importance of Competition Advocacy in Promoting Competition". Emerging Market Economy Forum: Workshop on Competition Policy and Enforcement. Argentina. 1996. p. 3.

⁴ Sistema para sancionar - ex post - prácticas que restrinjan la competencia cuando éstas se han producido en el mercado y pueden evaluarse sus efectos perjudiciales sobre el mismo.

⁵ Su finalidad es prevenir - ex ante - la formación de empresas, normalmente a través de las fusiones o adquisiciones, con un poder de mercado tal que eventualmente les permita incurrir a futuro en prácticas monopolísticas.

⁶ Colusión. "La Colusión se refiere a la combinación, la concertación o los acuerdos entre vendedores para elevar o fijar los precios y reducir la producción con el fin de aumentar la utilidad. A diferencia del término cartel, la colusión no necesariamente requiere de un acuerdo formal entre los miembros, sea éste público o privado. No obstante, es necesario anotar que los efectos económicos de la colusión y del cartel son los mismos y a veces se utilizan los términos indistintamente. La colusión entre empresas para aumentar o fijar los precios y reducir la producción es considerada por la mayor parte de las autoridades como la violación única más grave de las leyes sobre competencia". KHEMANI, R.S. y SHAPIRO, D. M. "Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes de Competencia". Washington, D.C., USA. Banco Mundial y OECD, 1996. p. 7.

⁷ Restricciones verticales. "Se refiere a ciertos tipos de prácticas por parte de los fabricantes o proveedores que se refieren a la reventa de sus productos. Las prácticas habituales adoptadas a este respecto son las restricciones al mantenimiento del precio de reventa (MPR), la distribución exclusiva, el territorio exclusivo o las restricciones al mercado geográfico. Bajo la distribución exclusiva y/o territorio exclusivo, un solo distribuidor es el único que obtiene los derechos de un fabricante para comercializar el producto, La literatura económica refleja que hay un amplio debate sobre si esto confiere poder de monopolio al distribuidor". KHEMANI y SHAPIRO. Op. Cit., p. 55.

⁸ Abuso de posición dominante. "Prácticas comerciales anticompetitivas en las cuales se puede comprometer una empresa dominante con el objeto de mantener o mejorar su posición en el mercado. Estas prácticas comerciales de la empresa, aunque no exentas de controversia, se pueden considerar como la 'explotación abusiva e impropia' del control monopolista de un mercado, encaminada a restringir la competencia (...) las prácticas comerciales impugnadas en casos reales en diversos países, aunque no siempre con resultados judiciales positivos, incluyen las siguientes: precios irracionales o excesivos, discriminación de precios, precios irrisorios, presión sobre los precios por parte de las empresas integradas, negativa a distribuir/vender, ventas condicionadas o agrupación de productos, y la apropiación excluyente de recursos". KHEMANI y SHAPIRO. Op. Cit., p. 1.

⁹ Sana Crítica. "Un enfoque jurídico utilizado por las autoridades o tribunales de la competencia mediante el cual se intenta evaluar los rasgos pro-competitivos de una práctica comercial restrictiva contra sus efectos anticompetitivos, con el objeto de decidir si tal práctica debe prohibirse o no. Probablemente se descubra, después de realizar un análisis, que algunas restricciones del mercado que prima facie dan lugar a asuntos relacionados con la competencia tienen beneficios válidos que aumentan la eficiencia. Por ejemplo, un fabricante puede restringir la oferta de un producto en diferentes mercados geográficos sólo a los minoristas existentes para que puedan obtener mayores utilidades y tener el incentivo de hacer publicidad del producto y prestar mejor servicio a los clientes. Esto puede tener el efecto de aumentar la demanda del producto del fabricante aún más que el incremento en la cantidad demandada a un precio inferior. Lo contrario de la sana crítica es declarar algunas prácticas comerciales ilegales per se, o sea, siempre ilícitas. En muchas jurisdicciones los acuerdos de fijación de precios y el mantenimiento del precio de reventa son per se ilícitos." KHEMANI y SHAPIRO. Op. Cit., p. 55.

De otro lado, en cuanto a los instrumentos del control de estructuras, se discute si la concentración del mercado¹⁰ es conveniente o no para el desarrollo del proceso competitivo, en particular cuando la misma es consecuencia de fusiones u otros actos horizontales y verticales¹¹. Existen dos aproximaciones al problema de la concentración del mercado. La primera de ellas se sustenta en el sistema de prohibición absoluta, a través del cual se establece que una empresa no puede alcanzar determinada participación de mercado a través de operaciones de fusión, adquisición u otras de naturaleza similar. La segunda aproximación es una prohibición relativa, según la cual se sujeta dichas operaciones al control y autorización del Estado en base al análisis costo-beneficio de las mismas, lo que permite analizar las eficiencias que podrían generar¹².

Debe agregarse que entre los temas de la política de competencia que mayor énfasis han adquirido desde el punto de vista de su aplicación a nivel internacional, es decir, en contextos de mercados ampliados, se encuentran las prácticas colusorias y la autorización de fusiones y adquisiciones de empresas. Ello se debe a que dicho tipo de prácticas u operaciones de concentración empresarial son las que mayor impacto tienen en el comercio¹³.

1.3. Ámbito de aplicación

El tercer aspecto relevante para el diseño de un sistema normativo de defensa de la competencia de nivel regional es el referente a su ámbito de aplicación. Es decir, la definición de los sujetos comprendidos y las prácticas prohibidas por tales normas.

En cuanto a los sujetos comprendidos, las normas pueden ser de aplicación sólo a las empresas, privadas y/o estatales, o también a los propios Estados. Sobre esto último, debe tenerse en cuenta que en varios

casos son los propios Estados quienes generan las mayores restricciones a la competencia regional, ya sea imponiendo barreras de acceso en el mercado local a empresas de otros países de la región o beneficiando directa o indirectamente a las empresas nacionales.

Respecto de las prácticas prohibidas, las normas de competencia regional deben dirigirse a combatir aquellas conductas que involucren a dos o más países de la región, en tanto que aquellas que involucren un sólo país quedan sujetas a las leyes nacionales. Sin embargo, definir en qué supuestos se encuentran involucrados dos o más países puede resultar bastante complicado. Una concepción amplia considerará que existen dos países involucrados si la práctica se origina en uno y tiene efectos en otro país de la región. Una concepción más restringida considerará que existen dos países involucrados solamente si la práctica ocasiona efectos en dos o más países de la región. Al respecto, no debe olvidarse que una adecuada definición del ámbito de aplicación no sólo debe preocuparse por que los supuestos cubiertos sean distintos a los previstos por las leyes internas de cada país, sino especialmente por que sean aquellos que no pueden ser enfrentados a través de estas últimas.

1.4. Entidad o entidades encargadas de su aplicación

Finalmente, un cuarto aspecto de relevancia, está referido a las facultades de las instancias regionales para la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Si bien se trata de un tema práctico, no deja de ser importante definir con certeza las funciones que corresponden a los órganos regionales de defensa de la competencia y la relación que mantienen con las agencias de competencia nacionales.

¹⁰ Concentración. "La concentración es en qué medida un número reducido de empresas o compañías representan una gran parte de la actividad económica, como las ventas totales, las propiedades o el empleo. Existen por lo menos cuatro conceptos claramente definidos dentro del término concentración: (...). Concentración de la Industria o el Mercado (definida a veces como concentración del vendedor) que mide la posición relativa de las empresas grandes en el suministro de productos o servicios específicos como automóviles o préstamos hipotecarios. La tesis que subyace a la medición de la industria o la concentración del mercado es la teoría económica de la organización industrial que sugiere que, entre otras cosas, una alta concentración del mercado conduce a que las empresas se comprometan en actividades monopolistas, lo cual origina una mala asignación de recursos y un mal rendimiento económico. Dentro de este contexto, la concentración del mercado se utiliza como posible indicio de poder sobre el mercado". KHEMANI y SHAPIRO. Op. Cit., p. 13.

¹¹ Fusión Horizontal. "Fusión entre compañías que producen y venden los mismos productos, v.g., entre compañías competidoras. Si su tamaño es grande, las fusiones horizontales pueden reducir la competencia en un mercado y las autoridades encargadas de la competencia suelen supervisarlas. Las fusiones horizontales pueden verse como una integración horizontal de compañías en un mercado o entre mercados". Fusión vertical. "Una fusión entre compañías que operan en diferentes etapas de producción, o sea, desde materia primas hasta productos terminados y su distribución. Un ejemplo sería una siderúrgica que se fusiona con una empresa productora de hierro. Las fusiones verticales generalmente aumentan la eficiencia económica, aunque algunas veces pueden tener un efecto anticompetitivo". KHEMANI y SHAPIRO. Op. Cit., p. 32.

¹² Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) – The World Bank. A framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. United States of America, 1998. pp. 5-7.

¹³ Un equipo especial de investigación liderado por Eleanor Fox determinó que entre los aspectos de la política de competencia que mayor importancia tendrían en el futuro, por sus implicancias y efectos sobre el comercio, eran el *enforcement* internacional anticárteles y la investigación de operaciones de concentración empresarial con efectos sobre distintos países. Ello se debe a que este tipo de conductas o actos representan un serio peligro para el mercado y requieren de una estrecha colaboración entre las agencias de competencia nacionales, así como de convenios de cooperación internacional para hacer efectivos los pronunciamientos, prohibiciones y eventuales sanciones que pudieran imponerse en los procedimientos correspondientes. U.S. Department of Justice, Antitrust Division. International Competition Policy Advisor Committee, Final Report 2000. Washington, 2001. Al respecto, puede señalarse que si las prácticas colusorias y las autorizaciones de fusiones y adquisiciones internacionales de empresas constituyen aspectos de tanta importancia para efectos de la cooperación internacional entre agencias de competencia nacionales, con mayor razón lo son para efectos de establecer un sistema de defensa de la competencia de nivel regional o comunitario.

La definición expresa y detallada de las funciones de cada uno de dichos órganos y de sus ámbitos de acción, en lo que toca a la aplicación de las normas de libre competencia, garantiza que las labores de los órganos regionales y nacionales sean complementarias. De lo contrario, podrían generarse diversos riesgos, ya sea por fricciones en el funcionamiento del sistema, retraso de las investigaciones por duplicidad de funciones, o problemas por el exceso de injerencia de las autoridades regionales sobre los casos de índole nacional¹⁴.

En tal sentido, deben otorgarse las facultades de investigación requeridas para analizar conductas de la complejidad de las prácticas restrictivas de la competencia, tanto para el inicio de las investigaciones como para la obtención de la información y pruebas requeridas. Asimismo, es fundamental dotar a los órganos regionales de las facultades coercitivas y punitivas suficientes para la ejecución de las decisiones que se emitan al final de procedimiento. De lo contrario, el sistema de defensa de la competencia a nivel regional resultaría inoperante.

2. ANTECEDENTES DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA DE LA CAN

El establecimiento de normas destinadas a evitar las prácticas que distorsionan la competencia a nivel de la Comunidad Andina se encuentra relacionado con uno de los principales objetivos del Acuerdo de Cartagena. Dicho objetivo es la formación de un mercado común latinoamericano, cuyo fin último es procurar la mejora del nivel de vida de los habitantes de la subregión¹⁵.

Este objetivo general del Acuerdo de Cartagena ha sido reiterado y desarrollado mediante sucesivas declaraciones de los Jefes de Estado de la Comunidad Andina, en el sentido de proponerse que el establecimiento del mercado común se dé a más tardar en el año 2005, lo que supone crear las condiciones necesarias para la libre circulación de personas, bienes y capitales en la subregión¹⁶.

El establecimiento de un mercado común supone la formación de un espacio económico ampliado en el territorio de los países miembros, en el cual circulen, libremente y sin restricciones, las personas y los bienes en condiciones análogas a las que regirían en un mercado nacional. Por ello, resulta necesario establecer instrumentos y políticas destinadas a evitar que las empresas y/o entidades públicas y/o privadas generen distorsiones a la competencia en dicho espacio económico ampliado¹⁷.

En tal virtud, el Acuerdo de Cartagena contempla en su sección denominada "competencia comercial" una amplia definición de lo que constituyen prácticas que pueden distorsionar la competencia en la región andina. En efecto, el artículo 105 del Acuerdo dispone lo siguiente: "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".

Como se advierte, la concepción contenida en el Acuerdo no distingue entre las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia y las medidas contra prácticas desleales del comercio, tales como el *dumping*.

En otros contextos, como el de la Comunidad Europea, las normas de *dumping* sólo se emplearon transitoriamente en las relaciones entre los Estados Miembros originales del Tratado de Roma, hasta la formación de la unión aduanera, y luego entre ellos y los nuevos Estados Miembros de la Comunidad. Se ha señalado que el uso más apropiado de las normas de *dumping* en un proceso de integración no es para el comercio entre los países miembros del acuerdo de integración sino para las relaciones con terceros países.

¹⁴ Sobre el particular, puede mencionarse, sólo a manera de ejemplo, que las relaciones entre la Comisión de la Comunidad Europea y las agencias de competencia nacionales europeas vienen siendo revisadas desde 1997, debido a los problemas ocurridos en la investigación de infracciones a las normas de libre competencia (duplicidad de funciones, ejecución de las resoluciones finales dependiente siempre de las agencias nacionales). Ver: Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE, DO C313, del 05 de octubre de 1997.

¹⁵ Acuerdo de Cartagena:

Artículo 1. "El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión".

¹⁶ Tal es el sentido de las Actas de Quito (setiembre de 1995), Sucre (abril de 1997), Guayaquil (abril de 1998) y Cartagena (mayo de 1999). Citadas por CASTRO BERNIERI, Jorge. "La Regulación de la Competencia en la Comunidad Andina". En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Madrid: Ediciones Informatizadas, N° 207, 2000. p. 49.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 49-50. Castro Bernieri agrega también que el proceso de formación de un mercado común expone recíprocamente a los sectores productivos de los países miembros y a las empresas nacionales que funcionaban como un monopolio a una mayor competencia, por lo que es necesario crear las disposiciones legales requeridas para enfrentar las posibles restricciones a la competencia que trataran de imponerse.

Sin embargo, las normas de *dumping* se han utilizado en la CAN para el comercio intrasubregional andino sin darles un carácter transitorio¹⁸. De esta forma, las normas andinas sobre *dumping* protegen la industria nacional de los Países Miembros de la CAN y no directamente la competencia en el mercado ampliado. Es discutible entonces que se las incluya como parte de la política de competencia de la CAN¹⁹. Más aún si resulta menos costoso para los agentes involucrados en el libre comercio atacar las prácticas predatorias o de discriminación de precios que puedan generarse entre los países miembros de un acuerdo integración mediante normas de libre competencia en vez de hacerlo a través de normas *antidumping*²⁰.

De otro lado, si bien se reconoce que la creación de un mercado común supone la necesidad de reafirmar las normas que garantizan la libre competencia, también se ha planteado que la política de competencia debe adecuarse a las diferentes etapas en que se encuentre el proceso de integración. En tal sentido, el énfasis de la política de competencia sería diferente según el mercado ampliado se encuentre en la etapa de unión aduanera, con la aplicación de un arancel externo común, o en la etapa del mercado único, con la eliminación de los obstáculos físicos, técnicos y fiscales al comercio.

De acuerdo con esta opinión, durante la etapa de unión aduanera se eliminan las barreras arancelarias pero subsisten los obstáculos no arancelarios al comercio, además no se garantiza la libre circulación de recursos productivos primarios tales como la mano de obra y el capital. Por ello, las medidas comunitarias deben centrarse en atacar las ayudas estatales o las subvenciones que conceden los gobiernos a sus empresas nacionales, mientras que las normas de competencia deberían evitar que los comportamientos de las empresas segmenten el mercado. Sin embargo, en el mercado único el papel de las normas de libre competencia cobra mayor importancia, en especial en lo relativo al control de estructuras para evitar la concentración del mercado y las posiciones dominantes, así como en lo referente a la investigación de las restricciones verticales que pueden limitar sensiblemente

la competencia desde un punto de vista de un mercado común, por ejemplo, a través de la distribución exclusiva o la asignación de territorios exclusivos²¹.

Es dentro de dicha concepción sobre las normas de *dumping* y el distinto énfasis que se plantea para las políticas de competencia, que podría comprenderse la amplia definición contenida en el Acuerdo de Cartagena. No obstante, la falta de una distinción clara entre las prácticas desleales del comercio y las conductas restrictivas de la competencia, ha llevado a la confusión de los alcances de la política de competencia de la CAN. Esta confusión ha quedado plasmada en todas las decisiones que se han emitido hasta la fecha para prevenir o corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia dentro de la Subregión e incluso ha permitido la preeminencia de las normas de *dumping* por sobre aquellas destinadas a evitar las prácticas restrictivas de la competencia.

La primera de ellas fue la Decisión 45, adoptada por la Comunidad Andina en diciembre 1971 al amparo del artículo 105 del Acuerdo de Cartagena. Esta Decisión prohibía el *dumping*, las subvenciones, las restricciones a las exportaciones y las prácticas restrictivas de la libre competencia. Esta decisión estaba principalmente orientada a evitar las prácticas desleales del comercio y contenía disposiciones de carácter general que estaban destinadas a acumular experiencia para luego ampliar y precisar sus alcances a medida que el proceso de integración así lo requiriera²².

Dieciséis años después, es decir, en diciembre de 1987, se emitió la Decisión 230 en sustitución de la Decisión 45. Las motivaciones de esta nueva Decisión fueron, entre otras, las siguientes: (i) perfeccionar los procedimientos de aplicación, haciéndolos más eficaces; (ii) establecer como requisito para la aplicación de medidas correctivas, la existencia de una relación de causalidad entre las prácticas que distorsionan la competencia y el perjuicio o amenaza de perjuicio; y, finalmente, (iii) incluir las prácticas cometidas desde el territorio de un tercer país o de un País Miembro²³.

El énfasis de esta Decisión se centró también en las prácticas desleales del comercio, puesto que contempló

¹⁸ CÁRDENAS, Manuel José. "Legislación sobre Competencia en el Acuerdo de Cartagena". En: Integración Latinoamericana. Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina, No. 196, diciembre de 1993. pp. 25 y 35.

¹⁹ Se ha discutido a nivel teórico si las normas de *dumping* pueden o deben ser reemplazadas por las normas de libre competencia. Ver, por ejemplo: MESSERLIN, Patrick. "Should *Antidumping* Rules be Replaced by National or International Competition Rules?". En: World Competition Law and Economics Review. Vol. 18, No. 3, Marzo, 1995. pp. 37-54. MIRANDA, Jorge. "Should *Antidumping* Laws be Dumped?". En: Law and Policy in International Business. Georgetown: Georgetown University Law Center, Vol. 28, No. 1, otoño, 1996. pp. 255-288. MORGAN, Clarisse. "Competition Policy and *Anti-dumping*, Is it Time for a Reality Check?". En: Journal of World Trade. Geneva, Vol. 30, No. 5, Octubre, 1996. pp. 61-88. Para el Perú puede verse: SOTOMAYOR, Abdías. "El Modelo de la Comunidad Andina: Análisis y Propuestas". En: Themis, No. 42, pp. 96-100.

²⁰ TINEO, Luis. "Acceso a los Mercados e Integración Económica en América Latina: Consideraciones de Política de Competencia". En: Themis, No. 36. p. 25.

²¹ DEACON, D. y F. CABALLERO SANZ. "Integración Económica y Política de Defensa de la Competencia". Citado por CÁRDENAS. Op. Cit., p. 24.

²² ORTIZ, Graciela. "La Normativa Comunitaria en Materia de Libre Competencia en la Comunidad Andina", En: Themis No. 42, p. 157. Al amparo de la Decisión 45, el Gobierno de Colombia presentó en 1975 una solicitud para la aplicación de medidas contra las supuestas manipulaciones de precios realizadas por la empresa chilena Laja Crown S.A. Dicha solicitud fue denegada en setiembre de ese mismo año por la Junta del Acuerdo de Cartagena.

²³ Considerandos de la Decisión 230.

de forma expresa como prácticas que distorsionaban la competencia solamente el *dumping*, las manipulaciones indebidas de precios y las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas²⁴. Adicionalmente, como ya se ha mencionado, esta norma comunitaria introdujo el concepto de la relación de causalidad entre la práctica y el efecto perjudicial derivado de la misma, como elemento necesario para considerar dicha práctica como prohibida y sancionable²⁵. La Decisión 230 no tuvo aplicación en lo que a prácticas restrictivas de la competencia se refiere, en parte, debido a que estaba pensada para otro tipo de conductas, como lo demuestra el hecho de haberse incluido el concepto de relación de causalidad, que es propio de la normativa referente a *dumping*, mas no a otras ramas como el Derecho de la Competencia.

Como consecuencia de la amplitud con que el Acuerdo de Cartagena define las prácticas que pueden distorsionar la competencia, la Comunidad Andina no estableció en su verdadera dimensión los alcances de la política de competencia regional. Asimismo, tampoco ha definido correctamente los alcances de las normas para proteger la libre competencia, ni menos aun les ha dado la prioridad que tienen, por ejemplo, en la Comunidad Europea. Previamente ya se ha llamado la atención sobre estas limitaciones y la debilidad que ello significa para los ideales de integración y formación de un mercado común que tiene la Comunidad Andina²⁶.

En un intento de perfeccionar las normas referentes a prácticas que pueden distorsionar la competencia en la Subregión, en 1991 se emitieron tres Decisiones en las que se distinguió las diferentes conductas que constituyen prácticas desleales de comercio y prácticas

restrictivas de la competencia. En primer lugar, la Decisión 283, que regula las distorsiones que generan las prácticas de *dumping* y subsidios. En segundo lugar, la Decisión 284, relacionada con los problemas generados por las restricciones a las exportaciones. Finalmente, la Decisión 285, que establece las normas para prevenir o corregir las distorsiones a la competencia generadas por prácticas restrictivas de la competencia.

3. NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA DE LA CAN

La Decisión 285 define el sistema de defensa de la competencia al interior de la Comunidad Andina, desarrollando por primera vez en detalle las prácticas que restringen la competencia subregional, sin asimilarlas directamente con el *dumping*, aunque manteniendo algunas referencias esporádicas a las prácticas que perturban el abastecimiento de materias primas.

3.1. El sistema de defensa de la competencia andino

La Decisión 285 establece como prácticas restrictivas de la competencia, por un lado, los comportamientos colusorios entre empresas (acuerdos, actuaciones paralelas y prácticas concertadas), de tipo horizontal o vertical, y de otro lado, el abuso de posición de dominio, sea ésta última individual o conjunta²⁷. Entre las figuras expresamente prohibidas, la Decisión contempla cuatro supuestos específicos que se repiten como modalidades de comportamientos colusorios y de actos de abuso de posición de dominio y, además, una cláusula general definida muy escuetamente:

²⁴ Decisión 230:

Artículo 1. "Se consideran prácticas que distorsionan la competencia, entre otras, las siguientes: a) *Dumping*; b) Manipulaciones indebidas de los precios; c) Maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas; y d) Otras de efectos equivalentes".

²⁵ Decisión 230:

Artículo 7. "Para su pronunciamiento, la Junta deberá tener en cuenta la existencia de pruebas respecto a: a) La existencia de las prácticas que distorsionan la competencia señaladas en el artículo 1 de la presente Decisión; b) La existencia de un perjuicio grave o amenaza de un perjuicio grave, derivado de dichas prácticas en los términos del artículo 2; y, c) La relación de causa a efecto entre las prácticas y el perjuicio grave o la amenaza de perjuicio grave".

²⁶ Al respecto, Jatar y Tineo señalan lo siguiente: "The open regionalism approach adopted by the Andean Group free trade area - later transformed into customs union - envisaged the rebirth of a truly integrated market. Regional tariff and non-tariff barriers were progressively reduced. Policy harmonization on rules of origin, transportation, export subsidies, antidumping and countervailing duties, intellectual property rights, standards and investment, among others, supplemented the extended trade liberalization effort. Consistent with the market-oriented endeavors developed at the national level, the Andean Group project was oriented to promote firms' growth on the basis of international competitiveness and efficiency. Nonetheless, competition policy is still a missing link of the integration project. This absence is surprising as the Andean Group project has tried to be a mirror image of the European Union in every aspect. Actually, there is no policy that had proven to be more successful for Europe's market integration than competition policy. The European Union competition policy has focused on business restrictive agreements aimed at keeping segmented the supposed-to-be single market. Unfortunately, the Andean Group has not seen this broad picture. The only attempt to address competition issues has fallen short and has been useless. The Cartagena Agreement of 1969 does not contain rules on competition like Articles 85 and 86 of the Treaty of Rome". JATAR, A. y L. TINEO. "Competition Policy in the Andean Countries, the Ups and Downs of a Policy in Search of its Place" Conference U.S./Andean Trade and Investment Relations: Policy Issues and Choices. Washington, 1997. p. 17.

²⁷ Decisión 285:

Artículo 3. "Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Los acuerdos a que se refiere el inciso anterior, podrán incluir aquellos de tipo horizontal o vertical que se celebren entre partes relacionadas de las empresas. A efectos de la presente Decisión también se considera como práctica restrictiva de la libre competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado (...)".

- La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, que resulte discriminatoria en comparación con las condiciones aplicables a operaciones comerciales normales.
- La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, así como las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir.
- La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- Otros de efecto equivalente.

Adicionalmente, la Decisión 285 prevé como modalidad específica de actuaciones colusorias el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas. Asimismo, contempla como modalidad específica de abuso de posición de dominio la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos, como por ejemplo, el no abastecer insumos a empresas con las que se compite por el mercado del producto final²⁸.

El ámbito de aplicación de la Decisión 285 son aquellas prácticas que tengan su origen en la Subregión o en las que participe una empresa que desarrolla su actividad económica en un país andino. Adicionalmente, se señala que las prácticas que no tengan efectos en la subregión quedarán sujetas a la legislación nacional. Aparentemente, el criterio adoptado por la norma andina es el origen de la

práctica unido al efecto regional. Es decir, aquellas prácticas derivadas de la actuación de empresas situadas en uno o más países andinos o de la actuación de empresas no situadas en la Subregión pero que afectan la Subregión²⁹.

Al igual que su antecesora, la Decisión 285 mantiene los mismos criterios de análisis, es decir, exige que se demuestre la existencia de la práctica restrictiva, el perjuicio o amenaza de perjuicio y una relación de causa y efecto entre la práctica y el perjuicio³⁰. Adicionalmente, se prevén algunos elementos de juicio que pueden tenerse en cuenta para la evaluación del perjuicio y de la relación de causalidad, tales como la evolución del volumen de comercio de los productos involucrados, las diferencias de precios existentes y los efectos sobre la producción y las exportaciones³¹.

En cuanto a los mecanismos a través de los cuales se aplican las reglas de competencia establecidas, son dos las instancias competentes en esta materia. Por un lado, la Secretaría General de la CAN – anteriormente Junta del Acuerdo de Cartagena – que actúa como primera instancia, iniciando la investigación si se presentan las pruebas y supuestos correspondientes y pronunciándose al final sobre la existencia de la práctica denunciada y la procedencia de medidas correctivas. Como segunda instancia actúa el Tribunal Andino de Justicia, ante quien se elevan las apelaciones contra las resoluciones de la Secretaría General.

Los procedimientos de investigación se inician a pedido de los Países Miembros o de empresas con legítimo interés. El plazo para que se emita un pronunciamiento definitivo es de dos meses prorrogable por dos meses adicionales, en los cuales la Secretaría General debe realizar las indagaciones que corresponda, contando para ello con el apoyo de los Países Miembros³².

Finalmente, de encontrar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, las medidas que pueden adoptarse son una declaración de prohibición y,

²⁸ Artículos 4 y 5 de la Decisión 285.

²⁹ Decisión 285:

Artículo 2. "Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la Subregión o en las que intervenga una empresa que desarrolla su actividad económica en un País Miembro. Por origen en la Subregión se entienden las prácticas realizadas por empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros. Por intervención de un País Miembro se entiende la práctica llevada a cabo entre empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros y empresas situadas fuera de la Subregión. Quedan excluidas de la presente Decisión las prácticas que lleven a cabo una o más empresas situadas en un solo País Miembro pero que no tengan efectos en la Subregión. En estos casos será de aplicación la legislación nacional respectiva (...)"

³⁰ Artículo 12 de la Decisión 285.

³¹ Decisión 285:

Artículo 13. "La determinación de la existencia de la amenaza de perjuicio o del perjuicio y de la relación de causalidad con las prácticas restrictivas de la libre competencia, podrá basarse, entre otros, en el examen de: a) El volumen de comercio de los productos objeto de las prácticas, particularmente para determinar si se ha modificado de manera significativa, tanto en términos absolutos como en relación con la producción y consumo del País Miembro afectado; b) Los precios de los productos o servicios objeto de las prácticas, en particular para determinar si son considerablemente diferentes a los precios de los productos o servicios similares en ausencia de las prácticas; y, c) Los efectos que resulten sobre la producción o exportaciones afectadas por las prácticas, según se deduzca de las tendencias reales o virtuales de los factores económicos pertinentes, tales como: producción, ventas domésticas, exportación, distribución, participación en los mercados, utilización de la capacidad instalada, empleo, existencias y beneficios".

³² Artículos 6, 8, 10 y 11 de la Decisión 285.

adicionalmente, medidas correctivas para eliminar o atenuar las distorsiones que motivaron el reclamo. Estas últimas medidas podrán consistir en la autorización para que los Países Miembros donde la práctica tuvo efectos apliquen aranceles preferenciales –en relación con los compromisos arancelarios subregionales– a las importaciones de los productos afectados por la conducta prohibida. En cumplimiento de los pronunciamientos de la Secretaría General, los Países Miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos de las prácticas restrictivas de la competencia³³.

3.2. Consideraciones sobre el sistema de defensa de la competencia andino

A pesar de los esfuerzos por establecer un sistema de defensa de la competencia y distinguirlo de las normas contra las prácticas desleales del comercio, la Decisión 285 mantiene aún confusiones al respecto y muestra diversas inconsistencias. Estos problemas se analizarán en función a los aspectos que debe incluir una política de competencia de nivel regional que han sido previamente desarrollados.

a) Regulación centrada más en el bienestar del productor que en la defensa de la competencia

Un primer aspecto que debe ser objeto de comentario son las confusiones de la Decisión 285 con las normas que regulan las prácticas de *dumping*, en particular en cuanto al objetivo perseguido por aquella norma comunitaria. De acuerdo con su propio texto, los principales objetivos de la Decisión 285 serían prevenir o corregir los perjuicios que las prácticas restrictivas de la competencia pueden tener sobre la producción o las exportaciones y también evitar el retraso sensible para la creación de una producción nacional³⁴. Tales objetivos son, por lo general, inherentes a las normas que prohíben las prácticas de *dumping* y no a aquellas relacionadas con la libre competencia³⁵.

En tal sentido, una interpretación estricta de los términos de la Decisión 285 podría llevar a concluir

que su principal objetivo “no es el bienestar del consumidor”, que es comúnmente uno de los principales objetivos de toda norma de libre competencia, sino más bien “el bienestar del productor”. Más aún si se tiene en cuenta que la Decisión 285 incluye como elementos de juicio para determinar si existe perjuicio o amenaza de perjuicio aspectos tales como la evolución del volumen de comercio de los productos involucrados, las diferencias de precios existentes y los efectos sobre la producción y las exportaciones³⁶. Este hecho fortalece la idea de que las normas de libre competencia de la CAN estarían inspiradas más por el deseo de buscar la protección de la industria de los Países Miembros, que por la búsqueda de la eficiencia en beneficio del consumidor.

Pero además, el objetivo de bienestar del productor no se encuentra expresamente vinculado con el bienestar económico total, como en todo caso debiera esperarse considerando que el establecimiento del mercado común, según el Acuerdo de Cartagena, busca como fin último mejorar el nivel de vida de los habitantes de la Subregión. Más aún, tampoco se encuentra definida como objetivo de la Decisión 285 la integración económica andina, lo cual resultaría conveniente para vincularla así, al menos indirectamente, con el objetivo del bienestar económico total.

b) Control de conductas: ausencias e inconsistencias

En cuanto a los instrumentos de política de competencia contenidos en la Decisión 285, según lo que se ha mencionado, los mismos se limitan a establecer medidas de control de conductas, en especial relacionadas con actos de abuso de posición de dominio y comportamientos colusorios. Existen serias críticas por la ausencia de medidas sobre control de estructuras en el sistema andino de defensa de la competencia. En particular, se señala que en la etapa de implementación del mercado común es vital el establecimiento de reglas sobre la concentración de empresas a fin de evitar posiciones dominantes en el mercado³⁷. Asimismo, se sostiene que es un error no

³³ Decisión 285:

Artículo 16. “La Junta se pronunciará con una declaración de prohibición cuando determine la existencia de una práctica restrictiva de la libre competencia que genere amenaza de perjuicio o perjuicio. Podrá asimismo determinar la aplicación de medidas tendientes a eliminar o atenuar las distorsiones que motivaron el reclamo. Los Países Miembros adoptarán las medidas necesarias para que cesen sus efectos. Las medidas correctivas podrán consistir en la autorización para que los países donde realicen su actividad económica las empresas afectadas puedan 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”.

³⁴ El artículo 2 de la Decisión 285 previamente citado establece lo siguiente: “Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia (...) Para los efectos de la presente Decisión, se entiende dentro de la amenaza de perjuicio, el retraso sensible para la creación de una producción”.

³⁵ Muestra de ello es que el artículo 2 de la Decisión 283, que regula las prácticas de *dumping* y subsidios, también contempla esos mismos objetivos.

³⁶ Este tipo de elementos de juicio son propios de procedimientos de *dumping* o de restricciones a las exportaciones y/o importaciones. Baste mencionar que tanto la Decisión 283 (artículo 17), que regula las prácticas de *dumping*, como la Decisión 284 (artículo 11), que regula las restricciones a las exportaciones, contemplan con variantes menores los tres aspectos de análisis antes mencionados.

³⁷ CÁRDENAS. Op. Cit., p. 24.

haber incluido en la Decisión 285 disposiciones sobre control de concentraciones económicas, ya que se considera que, con esta ausencia, el sistema andino de defensa de la competencia ha olvidado una de las prácticas que más afectan la competencia en mercados integrados³⁸.

De otro lado, en cuanto a los criterios contemplados para analizar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, debe señalarse que la Decisión 285 mantiene la exigencia de demostrar la relación de causalidad entre la práctica y el perjuicio ocasionado o la amenaza de perjuicio, criterio de análisis propio de las normas *antidumping* pero extraño a las normas que prohíben las actuaciones colusorias y el abuso de posición de dominio³⁹. Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia en el ámbito internacional señalan que la investigación de prácticas restrictivas de la competencia tiene sus propios criterios de análisis ('regla de la razón' e 'ilegalidad *per se*'), por lo que demostrar una relación de causalidad resultaría innecesario, tanto si se investiga un caso de abuso de posición de dominio como si se trata de una práctica concertada. Mas aún, dicha exigencia podría constituirse en un estándar de prueba demasiado elevado en casos como las investigaciones por concertación de precios, que comúnmente se analizan como ilegales *per se*, presumiéndose sus efectos dañinos y bastando que se demuestre la existencia de la concertación para considerarla prohibida y sancionable.

Adicionalmente, también existen algunas inconsistencias en el diseño de las disposiciones de control de conductas contenidas en la Decisión 285, en particular referidas a la tipificación de las conductas prohibidas. Algunas prohibiciones tienen una tipificación ambigua, siendo el caso más notorio el de la prohibición de la manipulación indebida o fijación de precios u otras condiciones que resulte discriminatoria en comparación con las condiciones aplicables a operaciones comerciales normales (literal a de los artículos 4 y 5). Aparentemente, esta disposición sanciona un caso de precios discriminatorios. Sin embargo, la Decisión 285 no contiene ninguna otra prohibición expresa respecto de prácticas relacionadas con precios. Sin embargo, una de las conductas típicas y de mayor gravedad que reconoce el Derecho de la Competencia es la concertación de precios entre competidores. De no interpretarse que la mencionada disposición se refiere a la concertación de precios, se concluiría que la Decisión 285 olvidó tipificar expresamente una conducta prohibida por excelencia. No obstante, dicha interpretación podría ser rebatida argumentando que

la norma se refiere a que dichos precios resulten discriminatorios en comparación con las condiciones aplicables a operaciones comerciales normales. De ello se deduce que, la ambigüedad de la tipificación de esta conducta puede generar serios problemas de aplicación en la práctica.

También respecto de la tipificación, se puede señalar la duplicidad de supuestos expresamente prohibidos. Esta duplicidad se verifica en las cuatro modalidades de comportamientos colusorios prohibidos que han sido descritos y que también se encuentran previstos como casos de abuso de posición de dominio. Pero se hace más notoria si se comparan los literales a) y d) de los artículos 4 y 5 de la Decisión 285. Como ya se ha señalado, el primero prohíbe la manipulación indebida o fijación de precios u otras condiciones que resulte discriminatoria, mientras que el segundo se refiere en general a la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Siendo la finalidad en ambos casos prohibir un trato discriminatorio, hubiera bastado la tipificación genérica, sin necesidad de incluir una prohibición específica relacionada con la discriminación de precios.

c) Imprecisiones en la delimitación de su ámbito de aplicación

La Decisión 285 ha definido su ámbito de aplicación en función a que la práctica tenga su origen en la Subregión o en ella participe una empresa que desarrolla actividades en un país miembro y siempre que tenga efectos en la Subregión.

Un problema inmediato de un ámbito de aplicación así definido se relaciona con las imprecisiones que del mismo pueden derivarse. En especial, debido a que no queda claro si la norma comunitaria se rige por el criterio del origen de la práctica unido al de sus efectos o únicamente por el criterio de los efectos. Es decir, si basta que el infractor y el afectado por la práctica operen en distintos países andinos para que dicha norma sea aplicable, o si se requiere que dicha práctica tenga efectos en más de un país andino. Adicionalmente, también pueden surgir problemas derivados de identificar lo que implica que una empresa desarrolle actividades en un país miembro.

Dependiendo de la amplitud del ámbito de aplicación de la Decisión 285, otro tipo de problemas que pueden derivarse son los relacionados con el centralismo que podría originarse en la elevada ingerencia de las autoridades regionales en distintos tipos de prácticas

³⁸ JATAR y TINEO. Op. Cit., p. 18.

³⁹ Otros autores ya han señalado este problema: JATAR y TINEO. Op. Cit., p. 18 y ORTIZ. Op. Cit., p. 157. Cabe agregar que el artículo 16 de la Decisión 283 también contempla la relación de causalidad como un requisito para considerar ilegal la conducta investigada.

con efectos en un solo país miembro y que ha sido duramente criticado en otros contextos como el de la Comunidad Europea.

d) Facultades limitadas de los órganos comunitarios

Existen diversos puntos débiles en la estructura de aplicación de las normas andinas de defensa de la competencia, relacionados con las facultades de los órganos comunitarios para investigar prácticas restrictivas de la competencia y para dar cumplimiento a las órdenes de cese.

Una de las cuestiones críticas en cuanto a la investigación de prácticas anticompetitivas se refiere es la relacionada con el inicio de los procedimientos. La Decisión 285 sólo contempla la posibilidad de inicio del procedimiento a pedido de parte (ya sea por solicitud de un País Miembro o de empresas con legítimo interés), mas no el inicio por decisión de los órganos comunitarios. Esta limitación se derivaría del artículo 105 del acuerdo de Cartagena, que señala que la Secretaría General velará por el cumplimiento de las normas de libre competencia en los casos particulares que se denuncien⁴⁰. La imposibilidad de iniciar investigaciones de oficio limita la capacidad de acción de las instancias comunitarias que por sus propias funciones y características son quienes podrían estar en mejor posición para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia con efectos de mayor gravedad y alcance sobre el mercado comunitario⁴¹.

Adicionalmente, otro aspecto que debilita la posición de los órganos comunitarios de defensa de la competencia son las facultades de investigación con que cuentan. Al respecto, las características de las prácticas anticompetitivas obligan a recurrir a pruebas de gran complejidad, ya sea por la dificultad para conseguir pruebas de cargo -como sucede por ejemplo con los indicios incriminatorios en el caso de concertaciones de precios-, o por la sensibilidad de la información requerida, tal es el caso de las estructuras de costos para determinar la existencia de precios predatorios. Sin embargo, las facultades de investigación de los órganos comunitarios se encuentran reguladas de manera sumamente genérica y en función al apoyo de los organismos de enlace que cada País Miembro designe⁴². En tal sentido, se puede afirmar que las facultades de investigación de

los órganos comunitarios no se encuentran debidamente desarrolladas y ello también les resta capacidad de acción oportuna y suficiente.

En cuanto a las facultades para hacer cumplir sus pronunciamientos, nuevamente se encuentra que el sistema establecido por la Decisión 285 resulta insuficiente, dado que no otorga facultades coercitivas ni punitivas a los órganos comunitarios de defensa de la competencia. Entre las opciones legislativas más exitosas y comúnmente utilizadas para que las agencias de competencia puedan exigir el cumplimiento de sus pronunciamientos es reconocer su facultad para imponer sanciones pecuniarias a los infractores. Sin embargo, la Decisión 285 no prevé tal facultad.

Finalmente, merece un comentario aparte el mecanismo contemplado por la Decisión 285 para corregir -supuestamente- los efectos de las prácticas restrictivas de la competencia. Tal mecanismo son las denominadas "medidas correctivas", que no es otra cosa que la autorización para que los Países Miembros donde tuvo efecto la práctica apliquen a las importaciones de los productos involucrados aranceles preferenciales distintos a los establecidos en los compromisos arancelarios subregionales.

Al respecto, como han sostenido algunos autores, las medidas correctivas parecerían más acertadas para un esquema proteccionista y no para uno abierto, que tiende precisamente a la eliminación de las preferencias a nivel nacional y subregional, como es el caso de la CAN⁴³. Adicionalmente, este tipo de medidas tiene carácter compensatorio en vez de ser un mecanismo para promover la competencia. En el extremo podría generar el establecimiento de nuevas restricciones a la libre circulación de bienes y, en definitiva, tener un efecto perjudicial sobre el consumidor del mercado en el que se aplican los aranceles preferenciales. En tal sentido, puede afirmarse que las medidas correctivas están orientadas a proteger los intereses particulares de la industria afectada y no el proceso de competencia.

Todas las confusiones e inconsistencias señaladas han llevado a afirmar que la Decisión 285 ha fracasado en promover la competencia en el mercado andino⁴⁴. A pesar de la dureza de tal afirmación, la precariedad del

⁴⁰ CÁRDENAS. Op. Cit., p.26.

⁴¹ Jatar y Tineo han señalado con acierto que la posibilidad de seleccionar y abrir investigaciones de oficio es el mayor poder que se tiene para vigilar por el cumplimiento de las normas de libre competencia y que sin esa facultad los órganos comunitarios andinos actúan como árbitros de conflictos privados más que como protectores de la competencia. Op. Cit., p. 19.

⁴² Decisión 285:

Artículo 8. "Durante la investigación, la Junta podrá pedir y acopiar pruebas e informaciones de los organismos de enlace y, por su intermedio o directamente, de los productores, exportadores, importadores, distribuidores o consumidores que tengan interés legítimo en la investigación. Asimismo, ellos podrán suministrar informaciones, o en su caso, presentar alegatos a la Junta. En los casos en que la Junta pida, acopie o reciba pruebas e informaciones directamente, deberá comunicarlo a los organismos de enlace respectivos".

⁴³ JATAR y TINEO. Op.Cit., p. 19.

⁴⁴ Ibid. p. 18.

sistema andino de defensa de la competencia parecería verse confirmada por la casi inexistente aplicación de las normas antes señaladas. En efecto, el número de conflictos en materia de libre competencia llevados a conocimiento de las instancias comunitarias ha sido muy escaso y en ninguno de ellos se demostró la existencia de la práctica denunciada.

4. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA DE LA CAN

Durante sus diez años de vigencia, sólo se han presentado cuatro solicitudes para el inicio de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia al amparo de la Decisión 285. Dos de estas solicitudes fueron acogidas, iniciándose la investigación correspondiente, mientras que las otras dos fueron desechadas.

4.1. Investigaciones realizadas

a) Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN

En 1992, el Gobierno de Colombia solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena iniciar una investigación por supuesto abuso de posición de dominio cometido por la empresa Petroquímica de Venezuela (PEQUIVEN) por negarse a suministrar orto-xileno a las empresas colombianas ANDERCOL S.A. y CARBOQUÍMICA S.A. fabricantes de anhídrido ftálico y sus derivados. La norma invocada y presuntamente infringida por la denunciada era el artículo 5, literales a) y c), de la Decisión 285.

Los hechos que sustentaron la denuncia fueron que las dos empresas colombianas antes mencionadas solicitaron a PEQUIVEN cotizaciones para la venta de orto-xileno. En respuesta, obtuvieron ofertas con precios discriminatorios, en tanto que eran superiores a los precios que ofrecía dicha empresa a los compradores venezolanos.

La Junta consideró que la política de precios aplicada por PEQUIVEN y que había dado origen a la diferencia de precios entre las ventas locales y las de los excedentes exportables que demandaban las empresas colombianas, no respondía a la estrategia empresarial de PEQUIVEN sino a la voluntad política del Gobierno de Venezuela de promover la industrialización del sector petroquímico a través de la venta del producto involucrado a menores precios.

En tal virtud, la Junta concluyó que de la documentación presentada no se desprendían indicios sobre la existencia de un abuso de posición de dominio, declarando no a lugar el inicio de la investigación solicitada por el Gobierno de Colombia⁴⁵.

b) IMEZUCAR contra CIAMSA

En 1995 la empresa venezolana Sociedad Mercantil Importadora y Exportadora de Azúcar S.A. (IMEZUCAR) solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena el inicio de una investigación contra las centrales azucareras venezolanas y las centrales colombianas agrupadas en la Asociación de Comercialización Internacional de Azúcares y Mieles S.A. (CIAMSA), por supuestas prácticas concertadas y abuso de posición de dominio conjunta constituidos por la fijación de precios de los azúcares de caña blancos o refinados, la imposición de destinos al producto vendido, la limitación de las exportaciones, la negativa injustificada de venta a la denunciante.

Los hechos materia de la denuncia fueron que CIAMSA había incluido en sus contratos una cláusula que restringía la posibilidad de que el azúcar que ella exportaba fuera vendida a Venezuela. Asimismo, que tanto CIAMSA como los ingenios azucareros se habían negado a vender el producto a IMEZUCAR; y, finalmente, que existía un diferencial entre el precio de exportación del azúcar crudo de CIAMSA y el precio interno del azúcar refinado en Venezuela.

La Junta acordó iniciar la investigación pero únicamente por presuntas actuaciones concertadas entre las denunciadas⁴⁶.

Tomando en cuenta toda la prueba actuada durante el proceso, la Junta consideró que no existían evidencias de un comportamiento concertado de las denunciadas.

En primer lugar, señaló que la agrupación de los ingenios y centrales colombianas en una relación mercantil a través de la creación de una empresa comercializadora –CIAMSA– y el haberse presentado en el procedimiento mediante un apoderado común, no eran por sí solos actos dirigidos a restringir la competencia subregional. Asimismo, expresó que no existían pruebas de que las denunciadas hubieran manipulado indebidamente los precios u otras condiciones de comercialización en términos discriminatorios y que, más bien, se había encontrado que las mayores distorsiones en el mercado venezolano del azúcar eran consecuencia de la política de intervención del Gobierno en el mercado. Además, señaló que la exportación de azúcar crudo de Colombia a Venezuela para su refinación en este país podía tener otras explicaciones distintas a la concertación para controlar o limitar la producción o distribución de las empresas denunciadas, como por ejemplo utilizar la infraestructura de refinación excedente que tenía Venezuela y aprovechar el valor agregado que esta actividad podía darle al producto. Por último, indicó

⁴⁵ Resolución N° 326 (15/10/1992). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r326.htm>.

⁴⁶ Resolución N° 391 (15/01/1996). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r391.htm>.

que si bien la existencia de la cláusula de exclusión de destino en los contratos de venta internacional de CIAMSA podía restringir el comercio, llegando a impedir la venta a compradores venezolanos como IMEZUCAR, no existía evidencia de que tal cláusula fuera producto de una concertación previa entre las denunciadas.

De otro lado, la Junta analizó el tema del perjuicio supuestamente ocasionado por las conductas denunciadas. IMEZUCAR sostuvo que dicho perjuicio había quedado reflejado en el cierre de plantas, el despido de personal, así como en el deterioro general de sus estados financieros. Durante el procedimiento se comprobó que la rentabilidad de la actividad de empaque de azúcar blanco o refinado en Venezuela se había visto afectada por las distorsiones generadas por los controles de precios de venta máximos establecidos por el Estado. Igualmente, se determinó que si bien IMEZUCAR había experimentado pérdidas en sus operaciones, no había evidencias de que ello fuera producto de la supuesta práctica denunciada. Por el contrario, se encontró que la denunciante había presentado una menor capacidad de adaptación a los cambios en las condiciones de mercado y tenía mayores costos y gastos de distribución que sus competidores.

Debido a que no se había demostrado la existencia de la práctica restrictiva de la competencia denunciada ni el perjuicio que la misma habría generado, la Junta desestimó la denuncia⁴⁷.

c) BOPP contra PROPILCO y PROPILVEN

En 1997 la empresa Polipropileno Biorientado del Ecuador Cía. Ltda. (BOPP) solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena iniciar una investigación contra las empresas Polipropileno del Caribe S.A. (PROPILCO) de Colombia y Polipropileno de Venezuela S.A. (PROPILVEN) por presunto abuso de posición de dominio al negarse injustificadamente a vender resina de polipropileno a la denunciante. La norma violada en este caso sería el artículo 5 literal c) de la Decisión 285.

Los hechos denunciados fueron, por un lado, que en diversas oportunidades BOPP había hecho pedidos de venta de resina de polipropileno a PROPILCO, sin que esta empresa atendiera tales requerimientos. De otro lado, que en algunos casos PROPILVEN incumplió con sus compromisos de venta a BOPP, entregándole el producto de forma incompleta y tardía, mientras que en otros simplemente se negó a venderle la resina de polipropileno.

La Junta inició la investigación considerando que se había presentado la información requerida⁴⁸. Dentro del procedimiento las empresas denunciadas presentaron sus argumentos de defensa y justificaron las negativas de venta o las demoras en que habían incurrido. En efecto, PROPILCO señaló que BOPP había efectuado sus pedidos de venta de resina de polipropileno ante quienes no estaban encargados de las ventas, sin que luego se hubieran reiterado ante los empleados competentes; asimismo, que los pedidos de venta fueron por volúmenes fuera del promedio histórico de ventas anteriormente realizadas a BOPP. Por su parte, PROPILVEN señaló que la demora en sus entregas se había debido a que BOPP incumplió las condiciones y cronograma de pago que habían sido acordados. Finalmente, ambas empresas señalaron que la denuncia de BOPP se debía a que no había logrado un acuerdo con ellas sobre el precio y demás condiciones de venta.

Adicionalmente, dentro del procedimiento también se convocó a las partes para que manifestaran su interés en llegar a acuerdos comerciales, en dicha reunión BOPP señaló que no estaba en capacidad de comprar la resina de polipropileno al precio que pedían las denunciadas, el mismo que se encontraba incluso por encima del precio que tenían otros proveedores de terceros países.

La Junta consideró que la negativa de venta del producto por parte de las empresas denunciadas se debía a la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo sobre las condiciones de venta, en particular sobre el precio de la resina. Asimismo, se tuvo en cuenta que una de las denunciadas había vendido el producto en cuestión a otras empresas ecuatorianas sin mayores dificultades. De acuerdo con lo anterior, la Junta concluyó que no se había demostrado la existencia de la práctica restrictiva de la competencia, por lo cual desestimó la denuncia⁴⁹.

d) Gobierno de Bolivia contra Del Llano

En 1999, el Gobierno de Bolivia solicitó a la Secretaría General de la CAN el inicio de una investigación en contra de la empresa colombiana Del Llano S.A. por supuestas actuaciones paralelas y abuso de posición de dominio a través de una publicidad falseada que buscaba limitar la importación y evitar competir con los productos del sector de oleaginosas de Bolivia. Como sustento de la solicitud se presentaron copias de un recorte de una publicidad efectuada por la empresa Del Llano en un diario de Colombia y de cuatro artículos publicados en diarios colombianos. De acuerdo al solicitante, las prácticas denunciadas

⁴⁷ Resolución N° 420 (01/08/1996). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r420.htm>.

⁴⁸ Resolución N° 484 (09/06/1997). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r484.htm>

⁴⁹ Resolución N° 011 (09/09/1997). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r011sg.htm>

debían evaluarse en virtud de los artículos 3, 4 y 6 de la Decisión 285.

De las evaluaciones preliminares llevadas a cabo a efectos de determinar la procedencia del pedido del Gobierno de Bolivia, se encontró que la empresa denunciada representaba aproximadamente el 2% de la producción colombiana de aceites refinados para consumo humano y que la publicidad efectuada parecía ser un caso aislado que sólo involucraba a la empresa del Llano. En tal sentido, se determinó que la supuesta práctica desleal no se enmarcaba dentro de ninguno de los supuestos prohibidos por la Decisión 285, es decir, ni como una actuación paralela, que requiere la participación de por lo menos dos empresas, ni como un acto de abuso de posición de dominio, por la baja representatividad de la empresa denunciada en la industria respectiva.

Considerando lo anteriormente indicado, la Secretaría General resolvió declarar improcedente *in limine* la solicitud presentada por el Gobierno de Bolivia⁵⁰.

4.2. Consideraciones sobre la aplicación de las normas de libre competencia andinas

Los comentarios que pueden hacerse respecto de las resoluciones antes mencionadas son de diversa índole. Manteniendo el mismo esquema inicial, se abordarán teniendo en cuenta los principales aspectos que debe cubrir una política de competencia de nivel regional.

a) Instrumento de protección comercial

Los términos en que las solicitudes de inicio de investigación fueron presentadas y los aspectos considerados para sostener que las prácticas denunciadas generaban un perjuicio confirman lo previamente señalado en el sentido de que la Decisión 285 puede ser considerada como un mecanismo de protección de la industria de los países andinos más que como un medio para custodiar el proceso competitivo.

En efecto, las solicitudes presentadas afirmaban que las prácticas tenían efectos perjudiciales sobre determinados fabricantes o productores, en vez de considerar, por ejemplo, sus posibles efectos sobre la competencia subregional o sobre el bienestar del consumidor. El caso más notorio fue el de la empresa IMEZUCAR, que señaló como perjuicio ocasionado por la práctica los problemas de rentabilidad que dicha empresa había enfrentado⁵¹.

b) Distorsiones generadas por los Estados

En cuanto a los instrumentos de política de competencia, debe mencionarse que la Decisión 285 no contiene disposiciones relativas al control de los actos o decisiones estatales que puedan tener el efecto de restringir la competencia o el acceso al mercado. Ello genera que los actos o decisiones de los gobiernos no sean objeto de cuestionamiento o que no sean revisadas por las autoridades andinas de defensa de la competencia.

Así, por ejemplo, en la investigación solicitada contra la empresa PEQUIVEN se señaló que la política de precios aplicada por dicha empresa y que era cuestionada como discriminatoria no se debía a la estrategia empresarial de la misma sino a la política gubernamental venezolana destinada a promover la industrialización del sector petroquímico⁵². Situación parecida ocurrió en el caso de la investigación iniciada contra CIAMSA, en el cual se señaló que de las indagaciones realizadas se había encontrado que las mayores distorsiones en el mercado venezolano del azúcar eran producto de las políticas de fijación de precios y de intervención del gobierno en el mercado⁵³.

Con estos precedentes, los Países Miembros de la CAN podrían justificar políticas de intervención del mercado o de precios discriminatorios, aduciendo que son decisiones gubernamentales no regidas por los principios de libre competencia. Sin embargo, el hecho

⁵⁰ Resolución N° 389 (08/05/2000). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r389sg.htm>

⁵¹ Así, por ejemplo, puede mencionarse que el segundo considerando de la Resolución N° 326 (Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN), señala lo siguiente: "Que en la solicitud se precisa que PEQUIVEN estaría incurriendo en los supuestos que configuran abuso de posición de dominio en el mercado, considerados en los literales a) y c) del Artículo 5 de la citada Decisión, lo cual estaría generando perjuicio a los fabricantes colombianos de anhídrido ftálico y sus derivados". Igualmente, el duodécimo considerando de la Resolución N° 420 (IMEZUCAR contra centrales azucareras venezolanas y CIAMSA), indica lo siguiente: "Que (...) la empresa demandante manifestó que, tanto ella, como otras empresas venezolanas empaquetadoras de azúcar, habían sido perjudicadas por las supuestas prácticas restrictivas. Al respecto, la empresa demandada señaló, como evidencia del perjuicio a su producción, el cierre de plantas, el despido de personal, así como el deterioro general de sus estados financieros, como consecuencia de la negativa de las empresas denunciadas a suministrar azúcar blanco o refinado". De manera similar, el primer considerando de la Resolución N° 011 (BOPP contra PROPILCO y PROPILVEN) indica: "Que, como consecuencia de la solicitud presentada el 19 de mayo de 1997 por la empresa Polipropileno Biorientado del Ecuador, Cía. Ltda. (BOPP), la Junta del Acuerdo de Cartagena (...) inició una investigación sobre supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia (...) consistentes en el abuso de su posición de dominio en el mercado subregional de resina de polipropileno (comprendida en la subpartida NANDINA 3902.10.00), en perjuicio de las exportaciones ecuatorianas de película de polipropileno (comprendida en la subpartida NANDINA 3920.20.00)".

⁵² El quinto considerando de la Resolución N° 326 (Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN) expresa lo siguiente: "Que según se aprecia en la documentación que acompaña a la solicitud, la política de precios aplicada por PEQUIVEN a los demandantes venezolanos del orto-xileno, si bien difiere de la aplicada a los excedentes exportables, no responde a la estrategia empresarial de dicha empresa, sino a la política gubernamental aprobada por el Consejo de Ministros de Venezuela el 29 de junio de 1990, la cual tiene por objeto promover la industrialización del sector petroquímico".

⁵³ En el octavo considerando de la Resolución N° 420 (IMEZUCAR contra CIAMSA), se afirma lo siguiente: "Que, de las evidencias existentes, la Junta tampoco pudo comprobar el alegato de la empresa demandante en cuanto a la existencia de prácticas concertadas consistentes en la manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios, por parte de las empresas demandadas. De los elementos de información disponibles, se infiere que las mayores distorsiones en el mercado venezolano del azúcar resultaron de políticas públicas de intervención en el mercado y de fijación de precios (...)".

de que la decisión sea adoptada por el gobierno o por una empresa estatal no elimina la posibilidad de que originen situaciones potencialmente restrictivas de la competencia; más aún, cuando este tipo de políticas recaen sobre sectores productivos de especial importancia en el mercado nacional o son implementadas en empresas estatales que gozan de un monopolio en el mercado nacional.

Si bien la política de competencia debe cuidar que los agentes privados no distorsionen las condiciones del mercado, en países en vías de desarrollo la política de competencia tiene además una importante función como instrumento para evitar que los Estados incurran en prácticas o adopten decisiones de gobierno que perjudiquen la competencia efectiva, generando políticas internas incoherentes con sus propias normas de competencia, al no darles a estas últimas un rango mayor dentro de la jerarquía legal de cada país⁵⁴. La necesidad de fortalecer la política de competencia a nivel andino hace recomendable que se evalúe la posibilidad de introducir disposiciones para evitar que los Estados impongan barreras de entrada o restrinjan la competencia efectiva.

c) Efecto en un País Miembro

Todas las investigaciones solicitadas y realizadas a nivel de la CAN han involucrado prácticas con efectos en un solo país pero cuyo origen se encuentra en otro u otros países andinos. En efecto, en ninguno de los casos analizados hasta la fecha en virtud de la Decisión 285 la supuesta práctica restrictiva de la competencia tenía efectos en dos o más países de la comunidad.

Sin embargo, dada la naturaleza del sistema de defensa de la competencia de nivel regional, son precisamente las prácticas con efectos en dos o más países las que deberían ser de interés prioritario para la CAN, en tanto dicho tipo de prácticas son las que podrían tener mayores efectos perjudiciales para el mercado ampliado. En parte, el tipo de investigaciones solicitadas podría entenderse considerando que al parecer el objetivo de la Decisión 285 es la protección de la industria nacional de los Países Miembros mas que el proceso competitivo mismo. Asimismo, la focalización de las investigaciones en casos que involucran prácticas con efectos en un solo país también se comprende

por la imposibilidad de la Secretaría General de iniciar investigaciones de oficio, lo que limita la posibilidad de que el órgano comunitario dirija su atención a las prácticas con efectos en más de un país.

Esta situación deja abierto al debate el tema de definir el ámbito de aplicación de las normas andinas de defensa de la competencia; es decir, si se limita a las prácticas con efectos en dos o más países o incluye también las prácticas que sólo afectan a un país pero cuyo origen se encuentra en uno o más países comunitarios o no. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la inclusión del segundo supuesto ha generado problemas en la Comunidad Europea, ocasionando diversas fricciones entre los órganos comunitarios y las agencias nacionales de defensa de la competencia⁵⁵.

Adicionalmente, también debe considerarse la función que para tales efectos pueden cumplir los mecanismos de cooperación entre agencias de competencia nacionales, ya que los mismos podrían ser suficientes para enfrentar las prácticas con efectos en un solo país miembro cuyo origen se encuentre en otros países de la CAN. De esta forma, no se recargarían las labores de los órganos comunitarios de defensa de la competencia en la investigación de este tipo de casos, de manera que puedan centrar su atención en aquellas prácticas que tengan efectos más graves sobre el mercado andino, otorgándoles claro está la facultad de inicio de investigaciones de oficio.

d) Facultades limitadas de la agencia comunitaria

El problema de la falta de desarrollo expreso de las facultades de investigación con que cuenta la Secretaría General como órgano instructor en materia de infracciones a las normas de libre competencia, se hace tangible en aquellos procedimientos en los que por la naturaleza de la conducta en cuestión (carteles de precios, por ejemplo) se requiere de ella el desarrollo de actividades dirigidas a la obtención de elementos probatorios (diligencias de inspección en la sede de las empresas investigadas e, incluso, de visitas sin previo aviso a las mismas).

Así, en el caso de la investigación iniciada a pedido de la empresa IMEZUCAR, a pesar de tratarse de un proceso por supuestas actuaciones paralelas o concertadas, se solicitó la información a las partes y a sus respectivos gobiernos a través de cuestionarios;

⁵⁴ TINEO. Op. Cit., pp.18-20.

⁵⁵ Al respecto, el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE de 1999, proponía la descentralización de la aplicación de las normas comunitarias de libre competencia, a fin de que las autoridades nacionales llevaran a cabo la investigación en los casos en que se encuentre en mejores condiciones para llevarla a cabo – a través de la declinatoria de competencia de la Comisión Europea –; pero a su vez también se propugnaba el fortalecimiento de las facultades de el órgano comunitario de defensa de la competencia para investigar asuntos de particular gravedad y el reforzamiento de su capacidad sancionadora. BENEYTO, José María. "Hacia un Nuevo Derecho de la Competencia. El Libro blanco de la Comisión sobre Modernización y Descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86". En Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Madrid: Ediciones Informatizadas, No. 202, 1999. pp. 13-19.

asimismo, se sostuvo entrevistas con los agentes involucrados⁵⁶. La resolución final sustentó el fallo exculpatario en que no se habían encontrado evidencias de actuaciones paralelas o concertadas.

5. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y AGENDA PENDIENTE PARA LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN LA CAN

En los últimos años, la política de competencia al interior del proceso de integración andino ha cobrado un nuevo impulso que se ha visto reflejado en un esfuerzo, propiciado por la Secretaría y apoyado por los países integrantes del Acuerdo, destinado replantear y mejorar el marco regulatorio vigente en materia de competencia

En parte, ello es el resultado de las dinámicas internas de los países miembros del acuerdo, los cuales han adoptado o implementado activamente durante los 1990 políticas dirigidas a combatir las conductas anticompetitivas que afectan sus mercados internos⁵⁷.

En parte, ello también ha sido el resultado del proceso de integración misma de los mercados que ha hecho evidente la necesidad de mejorar el marco institucional existente a nivel comunitario, con el objeto permitir la detección y sanción de aquellas prácticas empresariales anticompetitivas que afectan el proceso de integración y que no pueden ser 'capturadas' por las legislaciones nacionales.

Finalmente, el desarrollo de las negociaciones al interior del ALCA –en especial, las registradas al interior del "Grupo de Negociación sobre Política de Competencia"–, también han contribuido a impulsar las políticas de competencia a nivel comunitario, al forzar a los países a adoptar ciertas posturas en relación con el desarrollo de determinadas políticas.

Es precisamente en el marco de todo lo anterior, que desde 1998 en adelante se han venido realizando diversas reuniones de expertos gubernamentales en políticas de competencia, auspiciadas en su mayoría por la Secretaría General de la CAN, con la finalidad de revisar la Decisión 285 y elaborar propuestas para su modificación.

5.1. Primera reunión de expertos gubernamentales (1998)

En octubre de 1998 se celebró la primera reunión de expertos con la colaboración de una consultora encargada

de realizar un diagnóstico de la situación del sistema de defensa de la competencia de la CAN. Los resultados de este diagnóstico arrojaron un saldo negativo, concluyéndose que la Decisión 285 presentaba problemas estructurales y conceptuales que impedían su aplicación eficaz, entre los que resaltaban la necesidad de demostrar un daño ocasionado a la producción comunitaria como efecto de las prácticas prohibidas y la débil capacidad sancionadora de los órganos comunitarios. La conclusión fue que era necesario reformular la normativa comunitaria manteniendo su carácter supranacional, de modo que permitiera superar la dificultad de aplicar las leyes nacionales cuando la práctica tenía efectos extraterritoriales y que ayudara a disminuir la vulnerabilidad de las agencias nacionales ante las presiones de intereses privados y de otros sectores de la administración pública de sus respectivos países.

Teniendo en cuenta dichas conclusiones, los expertos gubernamentales llegaron a distintos puntos de consenso. En primer lugar, se consideró la necesidad de establecer que el objetivo de las normas andinas era proteger la libre competencia y la eficiencia, sin requerir la prueba de un daño a la producción. En cuanto al ámbito de aplicación, se acordó que debían ser tanto las prácticas de empresas, privadas o estatales, como los actos de los gobiernos, con efectos en otro u otros países andinos. Respecto de las prácticas prohibidas, se consideró que algunas debían analizarse como ilegales *per se* –concertación de precios o el reparto de mercado– y otras según la regla de la razón –acuerdos verticales de empresas con posición de dominio u otros acuerdos horizontales–; asimismo, se incluyó los actos y decisiones gubernamentales restrictivas de la competencia pero analizándolas bajo la regla de la razón; finalmente, se acordó que, en principio, no sería objeto de la norma el control de fusiones. En cuarto y quinto lugar, se planteó la necesidad de definir las relaciones entre las autoridades nacionales y comunitarias y de estudiar la posibilidad de dotar a los órganos comunitarios de facultades para imponer sanciones pecuniarias⁵⁸.

5.2. Reunión de expertos gubernamentales (1999)

Posteriormente, en julio de 1999, se realizó una reunión de autoridades nacionales de competencia de los Países

⁵⁶ El cuarto considerando de la Resolución N° 420 (IMEZUCAR contra CIAMSA) señala lo siguiente: "(...) En el curso del procedimiento, la Junta envió cuestionarios a las partes y a sus respectivos gobiernos, solicitándoles información relacionada con las supuestas prácticas restrictivas, con el posible perjuicio a empresas, y, en general, con las condiciones del mercado del azúcar y los procesos de producción y comercialización de este producto. Además de las respuestas a los cuestionarios enviados, la Junta acopió información complementaria sobre los aspectos referidos. (...) Finalmente, funcionarios de la Junta sostuvieron reuniones con representantes de los organismos nacionales competentes y de los productores, importadores, comercializadores y empacadores venezolanos de azúcar, así como con exportadores colombianos de azúcar y 'traders' internacionales, para recabar información adicional y verificar la información suministrada".

⁵⁷ Si bien Bolivia y Ecuador no cuentan aun con un marco institucional dirigido a combatir las prácticas anticompetitivas y a promover la competencia, ha existido en los tiempos recientes un importante debate interno alrededor de proyectos dirigidos al establecimiento de una Ley Antimonopolio. Cabe destacar para el caso Ecuatoriano, el Proyecto de Ley 22 641 'Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia' de marzo de 2001.

⁵⁸ Secretaría General de la Comunidad Andina. Informe de la Primera Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia (SG/REG.LC/Informe/Rev.1). Lima: Comunidad Andina, Diciembre 1998. Esta reunión se llevó a cabo el 29 de octubre de 1998, con la participación de los representantes de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

Miembros auspiciada por Venezuela, contando también con la asistencia de miembros de la Secretaría General de la CAN. Los participantes de dicha reunión plantearon que existían los siguientes problemas: desconocimiento de las autoridades nacionales acerca de la legitimación para invocar la Decisión 285, descoordinación entre las autoridades nacionales y comunitarias, y apatía de parte de los gobiernos por la existencia de la normativa de competencia así como falta de decisión política para aplicarla.

Confirmando su opinión sobre la necesidad de modificar la Decisión 285, estuvieron de acuerdo en establecer que el objetivo de las normas debía ser la eficiencia económica. De otro lado, consideraron que la forma más adecuada de establecer el ámbito de aplicación de las normas andinas era la teoría de los efectos, según la cual debían encontrarse involucrados dos o más Países Miembros. En cuanto al procedimiento se planteó la conveniencia de dividirlo en una fase de sustanciación y otra de decisión, señalando que las agencias nacionales sólo debían participar en la primera fase⁵⁹.

5.3. Segunda reunión de expertos gubernamentales (2000)

En febrero de 2000 se realizó la segunda reunión de expertos gubernamentales auspiciada por la CAN. Para tales efectos, la Secretaría General elaboró un proyecto de modificación de la Decisión 285, recogiendo también las sugerencias y acuerdos de las reuniones previamente mencionadas.

En este proyecto se establecía expresamente que el objetivo de la norma era la protección de la libre competencia en la Subregión. El ámbito de aplicación se fijaba como los actos con efectos extraterritoriales. Las conductas prohibidas se dividían en absolutas, es decir sancionables independientemente de sus efectos reales o potenciales –concertaciones entre competidores– y relativas, es decir sancionables en tanto fueran realizadas por empresas con poder de mercado y cuyos efectos resultaran perjudiciales -actos para desplazar al competidor, impedir su acceso al mercado o establecer ventajas exclusivas a favor de una empresa.

En cuanto al procedimiento, el proyecto contemplaba una etapa de investigación administrada y liderada por la Secretaría General –a quien se le atribuyó facultad de iniciarla de oficio- contando con el apoyo de las agencias nacionales de competencia. Luego se pasaba

a una etapa de resolución, donde la Secretaría General emitía un pronunciamiento definitivo respecto de la existencia de la práctica investigada. Asimismo, se preveía la finalización anticipada de la investigación sin aplicar medidas correctivas en virtud del compromiso de cese de las prácticas investigadas presentado por las empresas, debidamente aprobado por la Secretaría General. Finalmente, contemplaba la facultad de imponer medidas correctivas y sancionadoras a los infractores, quedando su observancia bajo responsabilidad de las autoridades nacionales⁶⁰.

En la reunión de expertos se discutió el proyecto y se trató de perfeccionar algunos de sus aspectos. Un primer acuerdo al que se llegó fue no tratar en el proyecto el tema del control de fusiones y adquisiciones de empresas ni el de las ayudas estatales, debido a que aún no existía consenso entre los expertos respecto a la necesidad de regular dichas materias. Asimismo, hubo acuerdo en que se definiera como objetivo de la norma la protección y promoción de la libre competencia; asimismo, hubo consenso en dividir las prácticas prohibidas en absolutas y relativas. De otro lado, se consideró adecuado introducir algunas disposiciones para afinar el proyecto, tales como los principios rectores de la política de competencia andina –no discriminación, transparencia y debido proceso–, las recomendaciones a competidores como práctica prohibida absoluta y el análisis de eficiencias en la evaluación de las prácticas relativas.

Adicionalmente, en cuanto al ámbito de aplicación, no se llegó a un acuerdo unánime, en tanto que las delegaciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela consideraban que debía incluir las prácticas con efectos en dos o más países andinos y también los casos en que el efecto de la conducta se diera en un país pero su origen estuviera en otro país andino, mientras que la delegación del Perú consideraba que el ámbito de aplicación debía restringirse a aquellos actos con efectos en dos o más países andinos.

Finalmente, en cuanto al procedimiento, los expertos gubernamentales propusieron que la etapa de investigación fuera realizada por las agencias de competencia nacionales y que la Secretaría General quedara a cargo de la dirección y coordinación, en especial en lo relativo a la admisión de la solicitud, la elaboración del plan de investigación y la centralización y complementación de la investigación realizada por las autoridades nacionales. Adicionalmente, propusieron la creación de una Comisión de Defensa

⁵⁹ Reunión de Expertos Gubernamentales de los Países Andinos, realizada los días 1 y 2 de julio de 1999, con la participación de representantes de los cinco Países Miembros.

⁶⁰ Secretaría General de la Comunidad Andina. Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina (SG/REG.LC/II/DT1). Lima: Comunidad Andina, Octubre 1999.

de la Competencia integrada por un representante de cada País Miembro y uno de la Secretaría General – este último con voto dirimente-, que estaría encargada de pronunciarse sobre la existencia de la práctica investigada. Este pronunciamiento sería homologado posteriormente por la Secretaría General de la CAN.

Esta propuesta no contó con la aprobación de la Secretaría General, por considerarla inviable dentro del Sistema Andino de Integración. A pesar de la interpretación de las normas comunitarias andinas que ofrecieron los expertos gubernamentales, la Secretaría General consideró que el ordenamiento comunitario no contemplaba la posibilidad de crear órganos como la Comisión de Defensa de la Competencia, salvo que tuviera carácter netamente consultivo, ni tampoco facultaba a la Secretaría a participar de dicho órgano. Además, consideraba que el tecnicismo que se buscaba con la creación de dicha comisión ya se encontraba garantizado con la participación de la Secretaría General en el proceso de investigación planteado originalmente en el proyecto elaborado por la Secretaría General⁶¹.

5.4. Tercera reunión de expertos gubernamentales (2001)

En la tercera reunión de expertos realizada en octubre de 2001 se continuó discutiendo la propuesta modificatoria de la Decisión 285, sobre la base del proyecto presentado por la Secretaría General, que en lo sustancial recogía la propuesta surgida de la segunda reunión de expertos, pero con algunas variaciones en cuanto a los temas procesales.

En particular, se sugirió volver al esquema de una etapa de investigación realizada por la Secretaría General con el apoyo de las autoridades nacionales y establecer la creación del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia como órgano consultivo de la Secretaría General, para que esta última emita su pronunciamiento final sobre la práctica investigada. Cabe mencionar que las delegaciones de Colombia y Venezuela mostraron su acuerdo con estas modificaciones procesales, por lo que finalmente se llegó al acuerdo de establecer este esquema institucional en la propuesta modificatoria de la Decisión 285.

El mayor debate en esta reunión se centró en el establecimiento del ámbito de aplicación de las normas andinas de libre competencia, en tanto que la

delegación del Perú mantuvo su posición de considerar que sólo debía incluir las prácticas que tuvieran efectos en dos o más países, no así aquellas originadas en un país y con efectos en otro país andino, cuya investigación debía corresponder a las autoridades nacionales.

Finalmente, las delegaciones de Colombia y Ecuador solicitaron que se considere la posibilidad de que los Países Miembros establezcan excepciones y exclusiones a la aplicación de la norma andina de libre competencia para actividades económicas sensibles, aunque sin precisar su alcance, siempre que cumplieran requisitos como reportar beneficios significativos al desarrollo de cualquier etapa de producción o comercialización, fomenten el progreso técnico o económico, ofrezcan beneficios a los consumidores, entre otros⁶².

Como se advierte de la reseña anterior, las propuestas modificatorias han abordado tanto los aspectos sustantivos, referidos al objetivo y a los instrumentos de la política de competencia andina, como los aspectos adjetivos, relacionados con el ámbito de aplicación y la estructura institucional del sistema de defensa de la competencia.

En términos generales se puede afirmar que, salvo en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la norma comunitaria y a la eventual inclusión de sectores exceptuados a solicitud de algunos de los expertos gubernamentales, las diferencias existentes a la fecha entre los países son accesorias habiéndose alcanzado un importante nivel de acuerdos. Cabe destacar el importante nivel de consensos alcanzados entre los expertos de competencia sobre la materia, consenso que resulta aun mas importante si se toma en cuenta las diferencias actualmente existentes en el diseño y aplicación de políticas de competencia entre los países miembros⁶³.

Si algo ha quedado claro a lo largo de las reuniones de expertos gubernamentales es que las normas de competencia a nivel subregional deben ser diseñadas pensando más en la protección del proceso de competencia que en la protección de determinados mercados o intereses. En tal sentido, habría coincidencia en la necesidad de eliminar de la Decisión 285 aquellos estándares de prueba e instrumentos que son más propios de los mecanismos diseñados como parte de una política

⁶¹ Secretaría General de la Comunidad Andina. Informe de la Segunda Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia (SG/REG.LC/II/Informe). Lima: Comunidad Andina, Marzo de 2000. Esta reunión se llevó a cabo los días 16 y 17 de febrero de 2000, con la participación de los representantes de todos los Países Miembros.

⁶² Secretaría General de la Comunidad Andina. Informe de la Tercera Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia (SG/REG.LC/III/Informe). Lima: Comunidad Andina, Noviembre de 2001. Esta reunión se llevó a cabo los días 24 y 25 de octubre de 2001, con la participación de los representantes de todos los Países Miembros.

⁶³ Diferencias que tienen que ver tanto con aspectos sustantivos de la Ley de Competencia (control de las fusiones y concentraciones, por ejemplo), como con las prioridades establecidas en la aplicación de la misma. Para un mayor detalle sobre el particular ver: JATAR y TINEO. Op. Cit., pp. 2-17.

comercial en defensa de los mercados o de algunos de sus agentes (aplicación de medidas *antidumping*, por ejemplo).

Por otro lado, en lo que se refiere a la estructura institucional, de una u otra forma, en las propuestas y posturas adoptadas a lo largo de las reuniones de expertos gubernamentales se ha reconocido que el desarrollo futuro de las políticas de competencia a nivel comunitario andino deberá sustentarse de alguna manera –bajo la forma de una Comisión de Defensa de la Competencia con funciones de carácter resolutorio o simplemente consultivo, o bajo la forma de actividades de investigación a cargo de las autoridades nacionales, por ejemplo- en la institucionalidad existente en algunos de los países miembros. Ello no es sino una consecuencia del mayor desarrollo que han tenido en los últimos años algunos de los países en la implementación de Leyes de Competencia.

Desde tal punto de vista, es probable que el desarrollo futuro de la política de competencia a nivel andino no se adecue al patrón seguido dentro del proceso de integración europeo, el mismo que se ha sustentando básicamente en el desarrollo de una institucionalidad comunitaria de competencia en perjuicio del desarrollo de una institucionalidad de competencia propia de los países miembros.

6. CONCLUSIONES

El marco institucional comunitario en defensa de la competencia adolece actualmente de severas limitaciones. La falta de un marco institucional adecuado en defensa de la competencia, impide en la actualidad combatir eficazmente el desarrollo de conductas que no sólo distorsionan la competencia sino que eventualmente obstruyen el logro de los objetivos comunitarios a través de la segmentación artificial de los mercados.

El proceso de reforma del marco institucional en defensa de la competencia, centrado básicamente en la revisión de la Decisión 285, se encuentra bastante avanzado. Este hecho pone de manifiesto que, por lo menos a nivel de los expertos gubernamentales, existiría coincidencia en la necesidad de contar con instrumentos eficaces que permitan combatir conductas anticompetitivas que se desarrollan al interior del mercado andino y que actualmente escapan de una sanción producto de las limitaciones del marco institucional vigente.

Lo que resta ahora en el proceso de reforma de la Decisión 285 es lograr a nivel político un consenso sobre la necesidad de establecer una política en defensa de la competencia como una parte fundamental de la agenda de integración andina.